



<36611310950011

Mancipation

und

Eigenthumstradition.

Mancipation

und

Eigenthumstradition

von

Dr. Burkard Wilhelm Leist,

Geheimen Justizrath, ord. Prof. der Rechte an der Universität Jena,
Ritter des Sächs. Ern. Hausordens und des Großh. Sächs. Falkenordens 1. Kl.

Jena,
Druck und Verlag von Friedrich Frommann.
1865.



Inhaltsverzeichniß.

Seite

Einleitung. §. 1. Die Aufgabe 1

Erstes Buch.
Mancipation und Kauf.

Erstes Capitel.
Neuere Ansichten über die Mancipation.

§. 2. Die Mancipation ein symbolischer Kauf 7
§. 3. Formalact und Materialact 12
§. 4. Scheinzahlung bei der Mancipation 18
§. 5. Das Mancipationsformular 21

Zweites Capitel.
Formalact oder Materialact im deutschen und Römischen Rechte.

§. 6. Der Begriff des Formalacts angewandt auf die deutschrechtliche vestitio 25
§. 7. Verschiedene causae der vestitio 28
§. 8. Die in iure cessio 36
§. 9. Mancipatio und nexum 42

Drittes Capitel.
Die „Natur“ des Kaufes.

§. 10. Natural- und Geldwirthschaft 46
§. 11. Entwicklung der Geldwirthschaft bei den Römern 54

Seite
§. 12. Der Kauferwerb ein Erwerb ex re 58
§. 13. Juristische Fassung der Natur des Kaufs 62
§. 14. Fortsetzung 66
§. 15. Anerkennung des Realprincips im Röm. Recht 72
§. 16. Quellennachweis 75
§. 17. Fortsetzung 79
§. 18. Resultate 84

Viertes Capitel.

Die satisfactio und fides habita in Betreff des Kaufpreises.

§. 19. Expromissoren- und Pfandstellung in den 12 Tafeln? . . . 88
§. 20. Die Satisfaction in den 12 Tafeln 91
§. 21. Die Bürgenstellung in den 12 Tafeln 97
§. 22. Parallele Gestaltungen 101
§. 23. Bedeutung des fidem habere sine satisfactione 105

Fünftes Capitel.

Geltung der Solutions- oder Creditirungsvorschrift für den ganzen Kauf.

§. 24. Allgemeines Ergebniß aus den bisher erläuterten Quellenstellen 112
§. 25. Mancipation und Tradition von res mancipi 114
§. 26. Usucapio pro emtore und Tradition von res nec mancipi . 118

Sechstes Capitel.

Entwicklungsgeschichte der Mancipation. — Die ältere Gestalt.

§. 27. Einleitung 126
§. 28. Die auctoritatis actio 127
§. 29. Art und Bedeutung des Imaginirens 129
§. 30. Charakter des imaginären Rechtsgeschäfts 137
§. 31. Vorgehen oder Nachfolgen der Zahlung bei der Mancipation . 144
§. 32. Die Mancipation ein symbolisches Geschäft? 152

Siebentes Capitel.

Entwicklungsgeschichte der Mancipation. — Die spätere Gestalt.

Seite

§. 33. Mancipation mit venditio nummo uno 159
§. 34. Venditiones nummo uno ohne Mancipation 163
§. 35. Stellung der venditio nummo uno zur Mancipation . . . 167
§. 36. Zeitpunkt der Zulassung von Mancipationen mit venditio nummo uno 176
§. 37. Erwähnung des Preises in der Mancipationsformel? . . . 180
§. 38. Princip der Mancipation 187
§. 39. Fortsetzung 193

Zweites Buch.

Eigenthumstradition.

Erstes Capitel.

Heutige Auffassung der Eigenthumstradition.

§. 40. Vertrag und dingliches Recht 199
§. 41. Animus transferendi und accipiendi dominii 204
§. 42. Essentielle und declarative causa 207
§. 43. Kaufpreis-Zahlung oder -Creditirung die conditio iuris des Eigenthumsüberganges 210
§. 44. Heutige Bedeutung der Preiscreditirung 215

Zweites Capitel.

Die in der Eigenthumstradition liegenden Principien.

§. 45. Sachveräußerung gegen Geld oder ohne Entgelt 222
§. 46. Das in der Eigenthumstradition liegende natürliche Element . 226
§. 47. Geschichtliche Entwicklung der Eigenthumstradition 233

Drittes Capitel.

Die venditionis causa in anderen Geschäften.

Seite

§. 48. Als Verkauf zu behandelnde Geschäfte 236
§. 49. Der Trödelcontract 239
§. 50. Eigenthumsübertragungswille bei Sachanvertrauungen . . . 243
§. 51. Die verschiedenen beim Trödelcontract denkbaren Elemente . . 249
§. 52. Quellennachweis 252
§. 53. Ergebnisse für die Eigenthumstraditionslehre 254

Viertes Capitel.

Dogmatische Grundbegriffe der Eigenthumsveräußerung.

§. 54. Verschiedene Standpunkte der Betrachtung 257
§. 55. Charakteristik der Eigenthumserwerbarten. Rein natürlicher und rein positivrechtlicher Erwerb 260
§. 56. Die formalen Eigenthumserwerbsacte 265
§. 57. Fortsetzung 271
§. 58. Anfang und Inhalt des Eigenthums 278
§. 59. Vierte Klasse der Eigenthumserwerbarten 285

Fünftes Capitel.

Andere Veräußerungswege.

§. 60. Verkaufstradition als Grundlage der usucapio 288
§. 61. Fortsetzung 292
§. 62. Das vendere nummo uno usumfructum 298
§. 63. Verkaufsweise Cession von Forderungen 300

Einleitung.

§. 1. (Die Aufgabe.) — Die Mancipation ist eine der 1 besonders charakteristischen Gestaltungen des Römischen Rechts, sie gehört, wie schon die Römer hervorheben, ihrem rein nationalen Civilrechte an [1]). Will man etwas das Römische Rechtswesen vorzugsweise Kennzeichnendes namhaft machen, so wird man schwerlich die mancipatio dabei unerwähnt lassen.

Die Mancipation steht in einem gewissen Gegensatze aber auch wieder Zusammenhange mit der Eigenthumstradition. Diese letztere, frei von aller specifisch Römischen Form, ist lange Zeit bei den Römern neben der Mancipation hergegangen, sie ist im Justinianeischen Rechtsbuch der Kern der Eigenthumsveräußerungslehre geworden. Diese Bedeutung hat sie auch in unserem heutigen Rechte.

Blickt man etwas genauer in unsere gegenwärtige Romanistische Literatur, so wird man gewahr werden, daß über die Mancipation und Eigenthumstradition so wie über ihre gegenseitige Stellung zu einander Verständniß und Einverständniß keineswegs bereits erreicht ist.

Von der Mancipation sagen unsere Quellen, daß sie eine

1) Gai. I. 119: Quod et ipsum jus proprium civium Romanorum est.

1 Eigenthumsübertragung war, und eine imaginaria venditio enthielt. Sinnt man dem weiter nach, so wird man bald auf mancherlei Bedenken stoßen. In welcher Weise war sie denn ein Kauf, und wie verhielt sich zu ihr im Laufe der Römischen Rechtsentwicklung der wirkliche Kauf? Man antwortet wohl auf solche Frage: sie war ein „symbolischer" Kauf. Aber ist der Begriff des symbolischen Geschäfts ein so sicherer, daß er geeignet erscheint, die Erklärung eines erst verständlich zu machenden Institutes zu gewähren? Ferner: ist denn wohl ein „symbolisches" und ein „imaginäres" Rechtsgeschäft gleichbedeutend? Versucht man wiederum auf diese Fragen eine Antwort zu gewinnen, so kann es leicht kommen, daß beim Rückblick auf die Mancipation letztere noch räthselhafter und sonderbarer erscheint, als wie sie der ersten Prüfung entgegengetreten war.

Andererseits auch die Eigenthumstradition hat ihre Schwierigkeiten, die dadurch nicht geringer werden, daß sie, wie heutzutage allerdings vielfach geschieht, mehr zugedeckt als hervorgehoben werden. Wie steht die Tradition zu der venditionis causa und zu sonstigen Veräußerungscausae? Fast sollte man allerdings nach der Darstellung neuerer Schriftsteller meinen, daß die gegenwärtig herrschende Theorie in dieser Richtung alle wesentlichen Bedenken gelöst habe; aber der aufmerksamer in den Quellen Nachsehende wird finden, daß dem nicht so ist.

Endlich das Verhältniß der Tradition zur Mancipation ist es ein sicher constatirtes? Man hat in neuerer Zeit im Obligationenrecht lebhaft die Frage besprochen, wie gewisse Geschäfte, die man Formelcontracte genannt hat, anderen sogenannten materiellen Contracten gegenüber aufzufassen seien, und man hat bereits das Bedürfniß gefühlt, diese Gegensätze unter dem Namen „Formalact" und „Materialact" in das Sachenrecht zur Charakterisirung der Eigenthumsveräußerungsgeschäfte herüberzuziehen. Wie stehen zu diesen Begriffen die Mancipation und

die Eigenthumstradition? Wie lassen sich, namentlich wenn man 1
beide Institute nach jenen Begriffen trennen will, die Quellennachrichten verstehen, die eine entschiedene Verwandtschaft und Gleichstellung beider Institute zu bezeugen scheinen? Sind aber überhaupt, — das zu fragen wird man hier nicht unterlassen dürfen, — jene neuen Ausdrücke „Formalact" und „Materialact" wissenschaftlich berechtigte Begriffe, geeignet das Verständniß der in Betracht kommenden Institute wirklich zu fördern?

Das Bedürfniß, für die angegebenen Zweifelspunkte eine befriedigende Lösung zu finden, hat die nachfolgenden Untersuchungen hervorgerufen. Diese werden sich insgesammt als durch einen leitenden Faden verknüpft ergeben. Bei sorgfältigerer Erwägung der Quellenaussprüche zeigt es sich nämlich, daß jene Lösung ihren Schlüssel in der Erledigung der Frage finden muß, in welcher Stellung nicht bloß die Mancipation sondern auch die Eigenthumstradition zum Kauf zu denken ist. Um diese Stellung zu veranschaulichen, wird es nöthig sein, die Natur des Kaufs einer selbständigen Betrachtung zu unterziehen und daran dann die Entwicklung der für Mancipation und Tradition sich erhebenden Einzelfragen anzureihen. Dabei bringt es der Stoff von selbst mit sich, daß die beiden Institute Mancipation und Tradition auch die zwei für den Gang der Darstellung zu machenden Hauptabschnitte bestimmen, und es versteht sich, daß das zweite, der Tradition gewidmete Buch vorzugsweise dem heutigen Rechte angehörige Fragen zu behandeln hat, während das erste, überwiegend von der Mancipation handelnde Buch mehr der geschichtlichen Seite anheimfällt. Das gemeinsame Ziel beider Bücher aber wird sein, die in diesen Lehren maßgebenden dogmatischen Wahrheiten möglichst zu klären und festzustellen. Es liegt, — und zwar vorzugsweise bei der Verfolgung von Institutionen der mit so vollendetem Rechtssinn begabten Römer, — ein hoher Reiz rechtswissenschaftlicher Forschung

1 darin, auch aus dem Antiquirten allgemeinwahre Sätze für das Bestehende zu gewinnen, in der Vergangenheit Gegenwart zu studiren.

Daß dazu die Mancipation in ihrem Zusammenhang mit der Tradition ein besonders geeigneter Stoff ist, wird sich aus dem Folgenden wohl ergeben. Um die zu ermittelnden dogmatischen Resultate noch fester zu machen, wird es sich empfehlen, in einer Nebenuntersuchung auch die in iure cessio und die hervortretendste deutschrechtliche Eigenthumsveräußerungsform in den Kreis der Betrachtung zu ziehen.

Erstes Buch.

Mancipation und Kauf.

Erstes Capitel.

Neuere Ansichten über die Mancipation.

§. 2. (Die Mancipation ein symbolischer Kauf.) — 2
Ich habe zunächst, durch Mittheilung der Ansichten einiger Hauptschriftsteller, die allgemeinen Gesichtspunkte vor Augen zu führen, welche in neuerer Zeit über die Mancipation aufgestellt worden sind. Auf Detailfragen lasse ich mich hier nicht ein, sie werden erst im weiteren Verlauf der Untersuchung zur Sprache kommen.

Man darf es wohl als die herrschende Ansicht bezeichnen, daß die Mancipation als ein symbolischer Kauf zu charakterisiren sei. „Die 12 Tafeln", sagt Savigny (Syst. V. S. 538) „hatten im Allgemeinen dem Nexum eine bindende Kraft beigelegt, und damit die nexi obligatio begründet, welche nichts Anderes war, als ein symbolisches Gelddarlehn, wie die Mancipation ein symbolischer Kauf, beide mit scheinbar zugewogenem Gelde". „Wie die in iure cessio", äußert sich Keller (Inst. S. 30), „eine symbolische Vindication war, so die mancipatio ein symbolischer Kauf". „Die Kupferstücke wurden", sagt Mommsen (Gesch. des Röm. Münzw. S. 170), „ursprünglich nicht gezählt sondern gewogen. Dies zeigt namentlich der altrechtliche Zahlungsact, wie er in der Mancipation . . . enthalten ist. . . Bis in späte Zeit hinab ward das formlose Kupferstück als das eigentlich

2 primitive Geld betrachtet und daher . . . auch als juristisches Symbol vorzugsweise verwendet".

Schwerlich wird man aber hierin schon eine genügende Erklärung der Mancipation finden, denn der Gebrauch des Worts „Symbol" ist selbst sehr schwankend. Jedenfalls wird das damit gesagt sein sollen, daß bei der Mancipation ein scheinbares Geldzuwägen stattfindet. Nothwendig führt dies weiter auf die Frage, ob dabei außerdem auch ein wirkliches Geld, überhaupt oder wenigstens ursprünglich, zugewogen (gezahlt) werden mußte? War ein wirkliches Geldzahlen nöthig, so wird die Mancipation als auf der Basis des wirklichen Kaufs ruhend zu betrachten sein. War das Geldabwägen nichts als ein Scheinact, so wird man sagen müssen, daß die Mancipation mit dem reellen Kauf an sich nichts zu thun habe, daß sie lediglich als eine in die Form des Kaufs eingekleidete Eigenthumsübertragungsart aufzufassen sei. In dieser Hinsicht sind in neuerer Zeit folgende Ansichten aufgestellt worden.

1. „Die Mancipation", sagt Keller (a. a. O. S. 88), „erscheint als die Form des Kaufs. Ueberhaupt ging (S. 33) ursprünglich der ganze Kauf mit seinem persönlichen und dinglichen Elemente zugleich in der Mancipation und ihrer Wirkung auf; dagegen schieden sich diese beiden Elemente in der Folge mehr aus, so daß das dingliche Element in der Bedeutung der mancipatio vorherrschend wurde, und das persönliche mehr seine eigenen Formen und Schicksale erhielt .... Es blieb die Mancipation hinsichtlich der causa gar nicht auf den Fall eines wirklichen Kaufgeschäfts beschränkt, sondern sie diente ganz allgemein zur Uebertragung des Eigenthums, welches auch immer deren causa sein mochte .... Die mancipatio blieb ihrem Wesen nach nur eine imaginaria emtio venditio, ein symbolischer Kauf".

Hier aber erheben sich gleich allerlei Bedenken. Wenn die mancipatio ursprünglich wirklich der ganze Kauf war, so

gehört auch die wirkliche Preiszahlung wesentlich und juristisch 2
mit zur Mancipation, so daß ohne Erfolgtsein der wirklichen Preiszahlung auch die Wirkungen der Mancipation, insbesondere Eigenthumsübergang, nicht stattfinden konnten. Das aber scheint keineswegs Kellers Meinung zu sein, denn er sagt weiter: „Die wirkliche Zahlung (S. 32) paßt gar nicht in eine Solennität hinein“... „Auf die feierliche Handlung (S. 30) mag wohl ursprünglich unmittelbar die wirkliche Zahlung des Kaufpreises (möglich dann auch die Regulirung desselben durch besonderes Rechtsgeschäft) gefolgt sein“; „sie mochte (S. 32) gewöhnlich unmittelbar auf die Solennität folgen“. Also nach Keller lag die wirkliche Preiszahlung außerhalb der Solennität d. h. außerhalb der Mancipation, sie folgte in der älteren Zeit ihr nur „gewöhnlich“, mithin je nach dem Belieben der Parteien. Ob dann aber, wenn nicht gleich gezahlt oder creditirt war, von der später (gleichviel: wann?) zu erwartenden wirklichen Preiszahlung die Wirkungen der Mancipation abhängig blieben, darüber äußert sich Keller nicht. Es scheint mir nicht wahrscheinlich, daß er dies bejahen würde; jedenfalls von der späteren Zeit sagt er ausdrücklich, daß die mancipatio nur ein symbolischer Kauf blieb, wobei er symbolisch und imaginär als identisch nimmt. Hier in dieser späteren Zeit wird also Keller für eine auf Grundlage wirklichen Kaufs vorgenommene Mancipation gewiß keine juristische Abhängigkeit von der hinterdrein noch abzuwartenden Preiszahlung zugeben.

2. Auf keinen Fall wird man sagen können, daß Keller über diesen für die Beurtheilung der Mancipation wesentlichen Punkt sich deutlich ausgesprochen habe. Vollkommen bestimmt dagegen finden wir ihn bejaht bei Huschke, der aber andererseits den Grundgedanken der Mancipation anders faßt. Nach Huschke war die Mancipation nicht, wie Keller annimmt, der ganze Kauf, sondern sie wollte (nur in der Form der imaginaria emtio)

lediglich eine Eigenthumserwerbart sein. Rerum S. 39: „Die Mancipation will ihrer ganzen Bedeutung nach ein Erwerb der Sache sein"; S. 45: „Gewiß aber ging sie schon frühzeitig in eine imaginaria emtio über, eben weil sie nur ein Eigenthumserwerb der res mancipi, der als solcher der Tradition der res nec mancipi entsprach, nicht ein obligatorischer Contract, der die iusta causa der Eigenthumsübertragung begründete, sein wollte" (vgl. auch a. a. O. S. 174). Also während Keller von Anfang an die wirkliche Kaufpreiszahlung als nicht in die Mancipationssolennität gehörig ansieht, doch aber (was freilich hiemit nicht recht zusammenstimmt) die Mancipation den ganzen Kauf nennt, so nimmt Huschke umgekehrt an, daß freilich ursprünglich die Mancipation der wirkliche Kauf (indem in der Mancipation der volle Kaufpreis zugewogen wurde) gewesen sein möge (S. 44), daß aber schon frühzeitig (jedenfalls schon lange vor den 12 Tafeln) sich dies verloren habe. Von da an lag nach Huschke der wirkliche Kauf außerhalb der Mancipation, und sie wollte bloße Eigenthumsübertragung sein. In Betreff nun aber jener Frage, über die sich Keller nicht deutlich ausspricht, — ob nämlich, wenn die mancipatio auf Grundlage eines wirklichen Kaufs vorgenommen wurde, der Eintritt ihrer Wirkungen von der Vornahme der Preis-Zahlung oder -Creditirung juristisch abhängig blieb, — spricht sich Huschke in bestimmtester Weise bejahend aus. Flav. Syntrophi inst. don. p. 41: „Nec dubito, quin ex causa emptionis mancipatio non magis quam traditio rem alterius fecerit, nisi pretium solutum satisve eo nomine datum esset: nihil enim valet imaginaria causa nisi vera subsit". Also die Gültigkeit der mancipatio ist nach Huschke, — da wo in Wirklichkeit dasjenige Geschäft vorliegt, welches sie selbst imaginär enthält, — von der Erledigung dieses wirklichen Geschäfts völlig abhängig, die vera causa ist kein von der imaginaria causa

juristisch ganz abgesondertes Geschäft. Huschke sagt in Betreff der Richtigkeit seiner Ansicht, daß er nicht daran zweifele (nec dubito). Beweise führt er nicht an.

3. Ganz entgegengesetzt spricht sich Puchta aus. Curs. der Inst. II. §. 238 k—p: „Die Mancipation ist ein Privatact für die Uebertragung des Eigenthums... Sie wird eine imaginaria venditio genannt, sie ist einem Verkaufe nachgebildet, bei dem der Kaufpreis zugewogen ward; sie selbst aber ist eine bloße Form, welche anwendbar ist, aus welchem Grunde auch das Eigenthum übertragen werden soll, ob vermöge eines wirklichen Verkaufs (der dann ein von der Mancipation ganz abgesondertes Rechtsgeschäft ist) oder einer Schenkung u. s. f.". Wenn man die Mancipation ein vom wirklichen Verkauf „ganz abgesondertes" Geschäft nennt, so ist damit geleugnet, daß der Eigenthumsübergang aus der Mancipation noch abhängen könne von der Preiszahlung (oder Creditirung) aus dem wirklichen Kaufgeschäfte. Freilich wird es schwer sein, hiemit eine andere Aeußerung Puchtas zu vereinigen (§. 241 f.), wonach von einer (unten genauer zu prüfenden) Quellenstelle gesagt wird: „es mag eine Stelle gewesen sein, die von der Mancipation sprach, und ihre Wirksamkeit beim Kauf davon abhängig machte, daß der Scheinzahlung durch Uebergabe des Rausculum die wirkliche Befriedigung vorhergegangen war". Also Puchta gestattet nicht, wie Keller, eine der Mancipation nachfolgende Befriedigung, er fordert eine vorhergehende. Aber er gesteht doch zu, daß die Wirksamkeit der Mancipation hievon abhängig war. Kann man aber dann die Mancipation ein vom wirklichen Kauf „ganz abgesondertes" Rechtsgeschäft nennen?

4. Den Puchta'schen Satz des gänzlichen Abgesondertseins der Mancipation vom wirklichen Kauf führt Ihering auf die äußerste Spitze. Nach ihm (Geist des R. R. II. 2. S. 569) hat die Scheinzahlung in der Mancipation gerade den Zweck, bei dem

2 Beweise des Eigenthums die Frage von der Zahlung des Preises völlig abzuschneiden. S. 564: „Ob außerdem *sei es vorher oder nachher*, eine wirkliche oder, wie bei der Schenkung, gar keine Zahlung erfolgt, ist *völlig gleichgültig*". —

3 §. 3. (*Formalact und Materialact.*) — Lassen wir es einstweilen dahin gestellt sein, ob an sich die Mancipation „der ganze Kauf" war, oder ob sie von vorn herein nichts als ein Eigenthumserwerb sein wollte. Jedenfalls ist die Mancipation zweifellos eine Eigenthumsübertragungsart. Wie werden wir in dieser Hinsicht ihr juristisches Wesen bezeichnen können?

Man hat in neuerer Zeit in Betreff der Vertrags-Obligationen einen wichtigen Unterschied genauer ins Auge gefaßt, jenachdem die Vertragsobligationen auf bestimmte materielle causae gestützt oder umgekehrt von der materiellen causa, welche unter den Parteien zweifellos doch vorgelegen haben muß, in ihrem juristischen Bestande künstlich abgetrennt sind. Man nennt jene die materiellen Vertragsobligationen, diese die Formalcontracte[1]). Es ist auch bereits versucht worden, diesen Gegensatz für sachenrechtliche Geschäfte zur Frage zu stellen, also insbesondere zu untersuchen, ob die Eigenthumsübertragungen des Römischen Rechts, namentlich mancipatio und traditio, juristisch auf der Grundlage einer causa ruhen oder davon gelöst seien. Sind sie, so können wir es ausdrücken, als *Materialacte* oder als *Formalacte* zu charakterisiren?

Es leuchtet ein, daß, wenn der Huschke'sche Satz richtig ist: *nihil valet* imaginaria causa nisi vera subsit, wir die Mancipation im Wesentlichen für einen Materialact erklären müssen. Denn wenn auch an sich der Eigenthumsübergang aus

1) S. insbesondere: Bähr Anerk. (1855) §. 3 u. 5. Schlesinger Formalcontr. (1858) §. 1. Bei Letzterem finden sich zugleich (S. 12 f.) richtige Bemerkungen gegen die Ausführungen von Arndts Krit. Ueberschau IV. S. 220 ff. 236 ff.

Schenkung und dergl. (also überhaupt aus causae außer der 3
emtionis causa) rein in Folge der mancipatio erfolgte, so konnte doch immer eine stattgefundene Mancipation, wenn man zunächst ihre causa nicht kannte, in Betreff ihrer Eigenthum übertragenden Wirkung wegen nicht erfüllter causa in Frage gestellt werden. Wer mancipatione erworben hat, dem kann entgegengehalten werden [2]), daß er nicht Eigenthümer geworden, indem ihm ex causa venditionis mancipirt und die Preis-Zahlung oder -Creditirung nicht geschehen sei. Wenn aber aus der causa venditionis die Eigenthum übertragende Kraft der mancipatio geleugnet werden kann, so heißt das überhaupt, daß die mancipatio von der Frage über die causa (der Frage, ob die causa venditionis oder ob eine sonstige causa vorliege) nicht juristisch gelöst ist. Will man sicher sein, daß die Mancipation auch ohne Preisbefriedigung Eigenthum übertrage, so muß feststehen, daß kein Kauf vorliege, also in dieser Hinsicht muß dann doch die causa donationis u. s. w. bewiesen werden. Die mancipatio ist mithin alsdann abhängig von der causa. — Umgekehrt wenn man der Puchta (Ihering)'schen Ansicht ist, daß die Mancipation von allen causae, auch insbesondere der causa emtionis, „ganz abgesondert" sei, so muß man die mancipatio als Formalact bezeichnen. Wie dann demgegenüber sich die traditio verhalte, bleibt noch immer eine offene Frage. —

In Betreff dieses Punktes, ob die Eigenthumsübertragung der mancipatio und traditio als Materialact oder als Formalact zu bezeichnen sei, sind folgende Ansichten aufgestellt worden.

Nach Gneist ist die Tradition ein materielles Geschäft, sie ruht auf einer causa [3]). Die Gesammtheit der hier denkbaren

---

2) Auf die hierbei auftretende Frage, wem die Beweislast zufalle, lasse ich mich nicht ein.

3) Formelle Verträge (1845) S. 115—125. Diese Ansicht, daß zur Eigenthumstradition es einer causa bedarf, ist überhaupt die ältere. Vgl.

³ causae läßt sich in verschiedene Klassen theilen, auf deren Feststellung Gneist genauer eingeht. „Ganz anders gestaltet sich das Verhältniß der formellen Verträge. Die mancipatio erscheint als Act von absoluter Wirksamkeit: sie überträgt Eigenthum, ohne daß dabei nach der causa gefragt wird. Mag der Veräußernde Kauf, Darlehn, mag er ein solvere, credere, donare beabsichtigt haben: sie überträgt Eigenthum. Der rechtliche Wille erscheint hier durch die Form selbst bestimmt ausgeprägt und braucht nicht erst aus den Umständen, aus der bewußten Beziehung auf eine Gegenleistung geschlossen zu werden. Der Grund des Unterschieds liegt darin, daß hier die juristische causa schon in der Form selbst ausgedrückt ist. Die mancipatio ist eine imaginaria venditio; es bedarf daher keiner Frage nach der causa, da die Zahlung eines pretium ja eben der Ausdruck der causa ist. Wir können also den Gegensatz zwischen ihr und der traditio so bezeichnen, daß dort [d. h. bei der traditio] eine causa vorhanden ist, hier [bei der manci-

z. B. Mühlenbruch Pand. II. §. 246. „Der Tradition muß" [getrennt von dem vorher sub 1 bei den Subjecten erwähnten animus transferendi und accipiendi dominii] „ein auf Eigenthumsübertragung gerichteter Grund voraufgehen, oder doch wenigstens als voraufgehend gedacht werden". Nach Hugo Civ. Mag. IV. S. 156. 163. 164. (1813) ist zur Eigenthumstradition zweierlei erforderlich: eine Forderung und die Uebergabe. Und zwar wird dies „als etwas sich von selbst Verstehendes" im Genaueren S. 178—180 so erklärt: Zum Uebergeben gehört Wille des Gebenden und Wille des Empfängers. „Jener und dieser zusammen setzen entweder schon ein früheres Geschäft voraus, oder sie machen eines, das zwar freilich keine obligatio civilis wäre, aber doch eine naturalis, und schon diese ist hinreichend, wo die Erfüllung nicht erst erzwungen werden soll, sondern schon geschehen ist, und es also nur darauf ankommt sie zu behaupten. So liegt bei den Verfassern der Institutionen §. 40 J. 2. 1 die Forderung nur in der voluntas domini rem suam in alium transferre volentis"..... „Die Forderung wird nicht angeführt, denn wo das zweite [der animus tr. e. acc. dom.] ist, da kann dieses [die Forderung] nicht fehlen".

patio] fingirt wird; dort eine reelle, hier eine symbolische Gegenleistung in Betracht kommt..... Es charakterisirt sich also der formelle Vertrag auf diesem Gebiete durch die symbolische causa"[4]).

Gleichartig in Betreff der Mancipation, entgegengesetzt in Betreff der Tradition spricht sich Savigny aus[5]). Die Tradition überträgt das Eigenthum durch den übereinstimmenden Willen der handelnden Personen; es ist aber nicht üblich, diesen Willen immer ausdrücklich zu sagen, und, wo Letzteres nicht geschehen ist, wird es oft nöthig, diesen Willen erst aus der iusta causa zu constatiren; eine andere Bedeutung hat die iusta causa für die Tradition nicht. Bei der mancipatio dagegen fällt auch diese Bedeutung der iusta causa für das Eigenthum übertragende Rechtsgeschäft weg. „Neben der Mancipation kann von dem Bedürfniß einer iusta causa gar nicht die Rede sein"[6]).

4) Gleichartig mit Gneist im Resultat, wenn auch sehr verschieden in der Begründung, ist Voigt Condictiones ob causam (1862) S. 121—147: „Nirgends in den Rechtsquellen finde sich auch nur eine Spur des Postulates, daß das dingliche Rechtsgeschäft im Allgemeinen" [also auch die mancipatio] „zu seiner Giltigkeit einen Rechtsgrund erfordere. Lediglich bezüglich der Tradition insbesondere lauten die Quellen anders (S. 122). Das Requisit der iusta causa ist hier nicht zu bezweifeln (S. 132), es ist unbestrittener Satz des R. R., daß die Tradition zum Eigenthum mit Nothwendigkeit eine causa erfordert (S. 134. 135). Der in den Quellen ersichtliche Dissens der Römischen Juristen bezieht sich nur auf die Existenzbedingungen der ganz im Allgemeinen und ganz unzweifelhaft zu erfordernden causa (S. 138), jenachdem man die Existenzbedingungen der causa vom specifisch juristischen oder vom Standpunkte des socialen Lebensverkehrs aus (Letzteres seit der fortgeschrittenen Kaiserzeit) bestimmt". (S. 139 ff.) — Freilich werden die Gegner sagen, daß dieser letztere Standpunkt die Annahme des „lediglich auf Eigenthumsübertragung gerichteten Willens" sei, und daß darin gerade die Unabhängigkeit der Eigenthumstradition von einer eigenen objectiven causa liege.

5) Obl. R. II (1853) S. 255—261.

6) S. auch Strempel Ueber die iusta causa S. 25.

8 „Bei der Mancipation war der bestimmteste Ausdruck gerade der auf Eigenthumsübertragung gerichteten Absicht ein wesentlicher Theil der Formel. Der neue Erwerber mußte sagen: diese Sache ist von jetzt an in meinem Eigenthum, indem ich sie für das gegenwärtige Geldstück gekauft habe; das Geldstück händigte er nun dem bisherigen Eigenthümer ein, womit der symbolische Kauf vollzogen war. Darum wäre hier die Erwähnung [7]) der iusta causa, aus welcher die auf Uebertragung des Eigenthums gerichtete Absicht hätte geschlossen werden können, höchst überflüssig gewesen".

An Savigny schließt sich Bähr [8]) an. „Bei einem Rechtsgeschäft, welches schon seiner Form nach auf Eigenthumsübertragung gerichtet ist, wie die mancipatio und in iure cessio des älteren Rechts, konnte von der Nothwendigkeit eine causa nachzuweisen nicht die Rede sein". Aber auch in Betreff der traditio liegt die Sache gleichartig. Die Tradition „überträgt das Eigenthum der Regel nach [9]) unabhängig von dem objectiven Bestande ihres Rechtsgrundes". „Die Tradition als Eigenthumsübergang bildet einen von ihrem juristischen Grunde — diesen als etwas Objectives gedacht — völlig getrennten und in ihrer nächsten Wirkung unabhängigen Rechtsact". „Der übereinstimmende auf Eigenthumsübertragung gerichtete Wille genügt, um diese Wirkung hervorzubringen", und indem es an sich (zur Unterscheidung von den nicht auf Eigenthumsübertragung gerichteten Traditionen) nur des „Beweises dieses auf Eigenthumsübertragung gerichteten Willens" bedarf, so wird dabei

7) Gewiß ist hier nach Savigny die „juristische Abhängigkeit von der causa" unter der verworfenen „Erwähnung der causa" mitbegriffen.

8) Anerkennung (1855) §. 4.

9) Bähr a. a. O. S. 14: „Nur ausnahmsweise wirkt das gegen das zu Grunde liegende Rechtsgeschäft gerichtete Verbot zugleich annullirend auf den Eigenthumsübergang: so namentlich bei den Schenkungsverboten".

eine objective causa nur deßhalb so oft erwähnt, weil diese „ohne Zweifel sehr geeignet" ist, daraus jenen subjectiven Willen zu entnehmen.

Savignys und Bährs Auffassung theilen Strempel [10]) und Schlesinger [11]). Ersterer hat die Savigny'sche Ansicht in Betreff der Tradition genauer zu begründen versucht. Letzterer nimmt unter ausdrücklicher Missbilligung der Ansicht, welche der Tradition die Eigenschaft des Formalactes abspricht und sie in einen Gegensatz zur Mancipation stellt, den allgemeinen Satz an, daß (wenige Ausnahmen abgerechnet; vgl. Note 9) „nach Römischem wie nach heutigem Recht für die wirksame Uebertragung dinglicher Rechte der Rechtsgrund durchaus nicht in Betracht kommt".

Wir sehen also, daß in Betreff der Eigenthumstradition die Ansichten direct einander entgegenstehen [12]). In Beziehung aber auf die Mancipation sind alle hier angeführten Schriftsteller, die sich auf die Subsumtion des dinglichen Veräußerungsgeschäfts unter die Gesichtspunkte von Material- oder Formalact überhaupt einlassen, derselben Meinung: die Mancipation ist ein Formalact. Alle diese Schriftsteller müssen also in

---

10) Ueber die iusta causa bei d. Tradition (1856).

11) a. a. O. (1858) S. 11. 103.

12) Die Ansicht, daß für die Eigenthumstradition keine besondere causa sondern lediglich der animus transferendi und accipiendi dominii Erforderniß sei [wobei Manche, im Widerspruch zu Savigny S. 258, es noch so formuliren, daß gerade dieser beiderseitige Wille die iusta causa traditionis sei], hat übrigens heutzutage die weit überwiegende Zahl der Vertheidiger. Vgl. noch Pagenstecher, Eigenthum II. S. 194. 216. Dernburg Arch. f. civ. Pr. XL. S. 2. (1857) und die Lehrbücher: Göschen Vorl. II. 1. §. 278. Böcking P. §. 153. §. g. Puchta P. §. 148. Vorlesungen eod. Arndts P. §. 145. 3. c. v. Keller P. §. 127. Sintenis Civ. R. 2. Aufl. §. 49. Brinz P. I. S. 202.

3 Betreff der Mancipation den Standpunkt einnehmen, den ich im vorigen § als den Puchta-Ihering'schen angab.

4 §. 4. (Scheinzahlung bei der Mancipation). — Ich kehre noch einmal zu der im §. 2 erwähnten Ihering'schen Ansicht über die Mancipation zurück, um einen Punkt hervorzuheben, der, während Iherings Ansicht im Uebrigen der Puchta'schen Auffassung gleichartig erscheint, ihr eigenthümlich ist. Nach Ihering soll die Mancipation zuerst eine abstracte Eigenthumsübertragung, gar keine venditio enthaltend, gewesen sein; dann haben die 12 Tafeln den Satz aufgestellt, es müsse bei Verkäufen, um den Eigenthumsübergang eintreten zu lassen, der Preis gezahlt werden, und erst in Folge dessen sei, um dieser Vorschrift zu genügen, die Scheinzahlung in die Mancipation gekommen [1]).

Es hatte schon vor alten Zeiten ein Geschäft gegeben: „die Darstellung einer Zahlung per aes et libram". Dies ist vor Einführung des gemünzten Geldes die Beschaffung einer Geldzahlung durch Wägen des Metalls vor einem Unparteiischen, libripens (S. 565). Zur Schärfung der Wirksamkeit des Geschäfts (Statthaftigkeit der manus iniectio) war noch weitere Zuziehung von fünf Zeugen erforderlich (S. 566). „Als nun das gemünzte Geld aufkam, hätte man sich die Wagschale und das Wägen ersparen können. a) Beim nexum aber „als einem solennen Geschäft blieb die alte Form als residuäres Scheingeschäft bestehen", „ob wirklich gezahlt war oder nicht, darauf kam jetzt nichts weiter an" (S. 566). „Die Form hatte hier von vorn herein nicht die geringste innere Bedeutung, sie war ein bloßer Niederschlag vergangener Zustände, ein reines caput mortuum. Was verhalf ihr nun zu diesem Leben als Form? Die bloße Vis inertiä, die Macht der Gewohnheit?

1) Geist des R. R. II. 2.

Mögen wir immerhin so sagen", wenn wir nur dabei die den 4
Römern eigene der Form geneigte Stimmung voraussetzen (S. 539). Diesen Fall des nexum „ließ sich die Theorie noch zu Gaius' Zeit nicht nehmen; man sprach hier fortwährend noch von einer per aes et libram begründeten Schuld, und es war von diesem Standpunkt aus eine, practisch freilich höchst müssige, Consequenz, daß man zum Zweck der Aufhebung derselben fortdauernd noch eine Scheinzahlung per aes et libram, die nexi solutio oder liberatio, erforderte". b) „Den zweiten Anwendungsfall dieser Scheinzahlung enthält die mancipatio, nur daß sie hier nicht wie im nexum allein und selbständig, sondern in Verbindung mit einer anderen Handlung auftrat" (S. 567). Die Mancipation ist nämlich „eine Combination zweier Elemente, eines ursprünglichen: des eigentlichen Acts der Mancipation, von dem das Geschäft selbst seinen Namen trägt, des manu capere der Sache, und eines jüngeren: des Geldes oder der Zahlung per aes et libram" (S. 568).

Nach einer Bestimmung der 12 Tafeln[2]) gehen verkaufte Sachen nicht vor der Preiszahlung (oder was ihr gleichsteht) in's Eigenthum des Käufers. Dieser gewiß auf res mancipi bezügliche Satz könnte zunächst nur folgendermaßen verstanden werden: „Entweder sollte im Sinne des Gesetzes die Scheinzahlung per aes et libram nicht genügen, es sollte wirklich gezahlt werden, damit das Eigenthum übergehe, oder aber jene sollte ausreichen. Im letzteren Fall hätte die Aufstellung des Requisits der Zahlung gar keinen Sinn gehabt; wozu eine Zahlung einschärfen, die in Wirklichkeit keine war? Die erstere Annahme aber ist eben so mißlich, sie widerstreitet allem was uns über die mancipatio gelehrt wird. Da bliebe denn nur der Ausweg anzunehmen, daß die Scheinzahlung erst nach

2) § 41 J. de rer. div. 2. 1.

4 den 12 Tafeln und eben unter dem Einfluß jener Bestimmung, um nämlich dem aufgestellten Requisit zu genügen und bei dem Beweise des Eigenthums die Frage von der Zahlung des Preises völlig abzuschneiden, in die Mancipation gekommen sei. Die Form dieser Scheinzahlung ergab sich von selbst. Wirkliche Zahlungen bewerkstelligte man damals nicht mehr durch Wägen, sondern durch Zählen; das Wägen, die aes et libra, galt schon damals als Ausdruck einer bloßen Scheinzahlung, aber als einer vom Civilrecht als wirklich anerkannten. So nahm man denn die aes et libra vom Nexum hinüber, dem einzigen Verhältniß, bei dem sie sich damals noch erhalten" (S. 569).

Unterstützt wird diese Hypothese nach Ihering durch die Composition des Mancipationsformulars. Bei der logischen Peinlichkeit in der Conception der alten Formeln hat dessen Fassung etwas höchst Auffälliges: „der erste Theil aio ... esse steht selbständig für sich da, ihm schließt sich in rein äußerlicher Verbindung (durch que) und in anderer Redeform mit isque emtus est u. s. w. der zweite Theil an. Warum nicht: aio meum esse eumque emtum esse? Sodann und vor Allem aber welche seltsame Ordnung beider Theile! Zuerst wird der Eigenthumsübergang constatirt und dann erst der Kauf und die Zahlung" (S. 569). „Die obige Hypothese löst das Räthsel. Die mancipatio beginnt mit dem Ergreifen und dem ihm entsprechenden Theil der Formel, weil dies der eigenthümliche Kern und ursprüngliche Stamm der mancipatio, also das Principale ist, das Zahlen aber und der entsprechende Theil der Formel bekommt als neuerer Zusatz und bloßes Accessorium die zweite Stelle" (S. 570). „Die Scheinzahlung bei der Mancipation hatte lediglich den Zweck, die Unabhängigkeit des Eigenthumsüberganges von der wirklichen Zahlung des Kaufpreises formell zu rechtfertigen" (S. 571).

§. 5. (Das Mancipationsformular.) — Diese Hypothese läßt sich, wie der weitere Verlauf der Untersuchung ergeben wird, nicht aufrechthalten. Hier zunächst kann sie nur erst den Anlaß geben, die Wortfassung und Satzstellung der Mancipationsformel der Prüfung zu unterwerfen. 5

In Beiden läßt sich irgend etwas Befremdliches in der That nicht nachweisen. Die Voranstellung des Sacherwerbes vor Kauf und Zahlung war innerlich nothwendig. Die Mancipation [1]) ist, nach der den Römern eigenen Auffassung [2]), die Formulirung des materiell zweiseitigen Kaufacts (Sachleistung gegen Preisleistung) vom einseitigen Standpunkt des Käufers aus. Nicht Beide sprechen; der Verkäufer sagt nicht: ich tradire dir die Sache; sondern der Käufer capit rem, aber indem dies vor dem es geschehen lassenden Verkäufer vor sich geht, so ist es doch für diesen Verkäufer eine nexu traditio. Also die beiden Acte zerlegen sich vom Standpunkte des Käufers in die zwei Theile: a) „ich nehme mir die Sache", oder, da dies ja undeutlich nur Besitzergreifung bezeichnen könnte: „ich behaupte daß diese Sache [die er gleichzeitig erfaßt] mittelst dieses Actes die meinige ist" (hunc ego hominem ex iure Quiritium meum esse aio); b) „und ich leiste dagegen meinerseits das äquivalirende Pretium" oder m. a. W.: „jene Sache empfange ich [3]) vermittelst dieses Erzes und der libra" (isque mihi

1) Gai. I. 119.

2) Wie sich diese Auffassung erkläre, darauf gehe ich hier nicht ein.

3) Emere ist ursprünglich = sumere, accipere; erst später entwickelte sich die abgeleitete Bedeutung = kaufen. Festus s. v. emere: antiqui pro sumere pro accipere. — Bei der Vindication und in iure cessio findet auch ein rem tenere, apprehendere statt. Gai. II. 24: rem tenens ita vindicat; IV. 16: ipsam rem adprehendebat; aber ein Ergreifen nur um äußerlich auf diese Sache, die dem Erfassenden bereits aus einem anderweiten Grunde gehöre, hinzuweisen. Bei der mancipatio ist es ein sumere oder accipere cum effectu (s. § 30 Note 2) d. h. ein Ergreifen um gerade durch

5 emtus est hoc aere aeneaque libra). — Nun aber ist es ein öconomisches durch das Verkehrsleben der ganzen Welt gehendes Princip, daß im naturalen Bau des Kaufs die concrete Sache gegen den allgemeinen Werthmesser des Geldes, auch wenn beide im Werth gleich stehen, das factische Uebergewicht hat[4]). Man versilbert die Sache, nicht das Silber wird versächlicht. Demgemäß sagt ganz richtig der Käufer nicht: a) ich gebe Dir dies Geld, b) und nehme mir dafür von Dir diese Sache, — sondern umgekehrt, er stellt den Sachempfang, nach dessen Werth sich seine Geldleistung richtet, voran. Ganz adäquat dieser seiner eigenen Leistung muß er aber direct sagen: isque mihi emtus est[5]) hoc aere, nicht: aio mihi emtum esse. Dort bei dem ersten Theile würde es ganz unpassend sein, wenn er sagte: aio me hunc hominem manu capere, sondern er müßte, falls er das Ergreifen noch besonders in Worten erklären wollte, — (bei unbeweglichen Sachen fehlte das Ergreifen ja überhaupt, wenigstens in späterer Zeit) — direct sagen: hunc hominem manu capio. Statt dessen spricht er lediglich die für bewegliche wie unbewegliche Sachen gleichmäßig passende juristische Conclusion aus: aio meum esse, und hier, wo nicht von der Thatsache sondern vom Recht die Rede ist, muß er hervorheben, daß er dies Recht jetzt in Anspruch nimmt (aio meum esse). — Dagegen beim zweiten Theil spricht er bloß

---

diesen Act zu erwerben. Dadurch erklärt sich, wie das hier gebräuchliche Wort emere seine Bedeutung des Empfangens (weil es ein für Geld Nehmen war) in die des Kaufens umsetzen konnte.

4) Daher der Interpretationsgrundsatz in fr. 39 de pactis 2. 14 u. fr. 172 pr. de R. J. 50. 17.

5) Est und esto variirt in den verschiedenen Stellen: Gai. I. 119. II. 104. III. 167. Vat. Fr. 50. Huschke erklärt sich für esto. Iherings dagegen vorgebrachte Gründe (S. 564 Note 706 u. S. 628) treffen nicht insgesammt zu, ohne daß aber damit Huschkes Ansicht als gerechtfertigt erschiene.

die Thatsache aus: „und zwar ist mir die Sache eine mittelst die- 5
ses Geldes empfangene“; indem er aber das aes factisch dat, so würde es ganz verkehrt sein, wenn er nicht einfach sagte: „sie ist mir um dieses Geld zugekommen“, sondern: „*ich behaupte*, daß ich sie um dies Geld empfange“. Wortfassung und Satzstellung sind also völlig zutreffend.

Weiter beruft sich noch Ihering darauf, daß durch seine Hypothese sich erkläre, „wie Manilius und Aelius Gallus bei ihren Definitionen des Nexum auch die Mancipation mit unter diesen Begriff bringen konnten.“ Es hätte jeder Schein eines Grundes dazu gefehlt, wenn beide Geschäfte sich von jeher fremd gegen einander über gestanden hätten, während „wenn, wie ich annehme, die Scheinzahlung vom Nexum in die Mancipation hinüber genommen war, jene Auffassung allerdings eine gewisse Wahrheit hatte“ (S. 570). Wie aber hieraus etwas speciell für die Ihering'sche Auffassung folgen soll, ist nicht einzusehen. Allerdings wenn wirklich beide Geschäfte sich von jeher fremd einander gegenüber standen, so wäre eine Zusammenfassung unter denselben Rechtsbegriff sehr verkehrt gewesen, und jene Juristen hätten sich dann auch derselben sicherlich nicht schuldig gemacht. Aber wenn wir finden, daß Mutius das Nexum im engeren Sinn bloß als obligatorisches Geschäft definirt, andere Juristen dagegen unter den Begriff des Nexum in einem weiteren Sinn alle Geschäfte ziehen, bei denen ein gerere per aes et libram statt findet, so sind wir durch dies Letztere doch gar nicht gezwungen, *eine spätere Herübernahme* der Scheinzahlung in die Mancipation vorauszusetzen. Vielmehr liegt es weit näher (wie dies ja auch bekanntlich die Ansicht Vieler ist), anzunehmen, daß sich durch die mancipatio (nexu traditio), nexi obligatio und nexi liberatio, — indem es Acte sind, die gleichmäßig eine Zahlung vermittelst Wage und vor fünf Zeugen in sich fassen, also doch jedenfalls unter eine gemeinsame civilrechtlich

anerkannte Solennität gestellt worden sind, — ein gewisses *von jeher* innerlich juristisch Gemeinsames hindurchzieht; ein Gemeinsames, das jene Juristen zu ihrer allgemeineren Definition veranlassen konnte, während Mutius, auf einen anderen Standpunkt sich stellend, vielleicht mit eben so viel oder mehr Recht die engere Definition von Nexum vorziehen durfte.

Zweites Capitel.

Formalact oder Materialact im Deutschen und Römischen Rechte.

§. 6. (Der Begriff des Formalacts angewandt 6 auf die deutschrechtliche vestitio.) — Ich gab im §. 3 an, daß heutzutage einerseits die Ansicht vertheidigt wird, alle Römischen Eigenthumsübertragungen (mancipatio, in iure cessio, traditio) seien Formalacte (Bähr, Schlesinger), andererseits aber man freilich die traditio anders erklärt, dagegen doch der mancipatio und in iure cessio diesen Charakter zuerkennt (Gneist, Voigt). Jedenfalls ist die Erklärung eines Veräußerungsgeschäfts für einen Formalact, oder umgekehrt die Ausschließung desselben aus diesem Begriff, unabhängig von dem Umstande, ob das Geschäft ein solennes ist oder nicht. Nicht darin, daß die traditio ein formloses Geschäft ist, liegt irgend ein Moment gegen den Formalacts-Charakter, und nicht darin, daß mancipatio und in iure cessio Solennitäten sind, ist etwas für denselben Sprechendes enthalten.

Also wir haben das Solennitätsmoment aus dem Begriff des Formalacts ganz fern zu halten. Letzterer bezieht sich nur auf das juristische Unabhängigsein des Geschäfts von der materiellen causa. Wir können ihn also auch so fassen: Formalact der Eigenthumsübertragung ist ein Geschäft, dem das positive Recht die Eigenthum-übertragende Kraft lediglich auf Grundlage des voluntaren Elements d. h. des zusammentreffenden auf

6 Eigenthumsübergang gerichteten Willens der Parteien (animus transferendi und accipiendi dominii) zuerkennt.

Wenn nun das Solennitätsmoment keinen Grund für die Formalactsfrage in sich faßt, wo liegen denn in Wirklichkeit die die juristische Eigenschaft des Formalacts hervorrufenden Gründe? Man ist vielleicht geneigt hierauf Folgendes zu antworten. Es ist gerade die Eigenthümlichkeit des Römischen, auf einen practisch-leichten Geschäftsverkehr ausgehenden Rechtes, daß es in mancipatio und in iure cessio (und etwa auch traditio) Acte hinstellte, welche die Eigenthumsfrage von der Möglichkeit des Eingehens auf alle denkbaren Weiterungen, wie die causa sie in sich faßt, abschneidet. Diese practische Bequemlichkeit ist denn auch, sobald man überhaupt die traditio für einen Formalact hält, Theil unseres heutigen Rechts geworden. — So scheint die Sache Schlesinger (S. 11) aufzufassen: „Da die dinglichen Rechte größtentheils zu freier Veräußerlichkeit bestimmt sind, so würde hier ein Rechtszustand höchst unzweckmäßig sein, welcher den Erwerb des Rechtes von der Uebereinstimmung der Parteien über die causa und von der objectiven Existenz der gewollten causa abhängig machte; denn der Verkehr würde erschwert werden, wenn ein neuer Erwerber zu befürchten hätte, daß es seinem Auctor möglicher Weise wegen eines derartigen seinem Erwerbe anhaftenden Mangels an allem Rechte fehle. Daher kommt denn auch nach Römischem wie nach heutigem Recht für die wirksame Uebertragung dinglicher Rechte der Rechtsgrund durchaus nicht in Betracht"[1]).

---

1) Aehnlich Dernburg Arch. f. civ. Pr. XL. S. 2: „die Römer haben mit practischem Tact und logischem Scharfsinn die Frage nach dem Eigenthumsübergang ... streng gesondert von der Frage, ob derjenige, welchem ohne Rechtsgrund tradirt wurde, eine Vermögensbereicherung behalten kann, die ihn zwar durch den Willen des Verkäufers aber gegen dessen eigentliche Intentionen zugeflossen ist".

Ich will die Frage, ob die Rechtsgestaltung des dinglichen Formalacts lediglich aus practischen Zweckmäßigkeitsgründen zu erklären sei, erst später (§. 57) in Betracht ziehen. Hier zunächst kommt es nur darauf an nachzuweisen, daß der Begriff des dinglichen Formalacts keinesfalls eine specifisch Römische Schöpfung ist, und daß man ihn nicht etwa als Zeichen eines vorn herein eingenommenen höheren juristischen Standpunktes anzusehen hat. Es kann aus einem Zusammenfluß der verschiedensten Momente hervorgehen, daß sich der Rechtssinn auch eines juristisch noch ungebildeten Volkes gleich in den Anfängen seiner Verkehrsentwicklung für die Veräußerungsfrage des Eigenthums lediglich auf die Constatirung des in den Parteien vorhandenen animus transferendi und accipiendi dominii beschränkt.

Ich muß zur Rechtfertigung dieser Behauptung einen Blick hinüber in das Deutsche Recht, und zwar auf das darin besonders hervortretende Rechtsgeschäft der vestitio, Investitur, legitima traditio, Auflassung werfen. Diese mit einem wahren Reichthum von Symbolen versehene Eigenthumsübertragungsart war ein Act, für den die Vornahme vor Gericht ursprünglich nicht allgemein als nothwendig erschien, der sich aber später zur gerichtlichen Auflassung umgestaltet hat [2]). Der Veräußerer des Grundstücks übergab regelmäßig: Rasenstück, Zweig, festuca, Messer, Handschuh, andelang (dessen Bedeutung zweifelhaft ist), Urkunde und Schreibzeug, oder wenigstens einige dieser Symbole. Dieselben wurden entweder gleich dem Erwerber eingehändigt, oder erst dem Richter, der sie dann dem Erwerber überlieferte. Oft hat sich das Uebergeben insbesondere zu einem Werfen des Torfstücks, des Stückchens Erde, der festuca in den Schooß (scotatio) oder in laisum (sinum? Grimm

2) Vgl. darüber Grimms Rechtsalterth. (1828) S. 110 ff. Reyscher Beitr. zur Kunde des Deutsch. R. (1833) S. 54 ff. Michelsen über die festuca notata (1856) S. 17 ff.

6 S. 122) des Erwerbers gestaltet. Immer aber ist der Act innerlich derselbe, mag es sich um Verkauf, Verschenkung u. s. w. handeln [3]). Die Quellen zeigen deutlich, daß, wenn auch im einzelnen Fall speciell von einer dieser causae des Eigenthumsüberganges die Rede ist, und demgemäß auch in den gesprochenen Formeln darauf eine besondere Hinweisung stattfinden konnte, doch die engere Natur einer solchen causa mit dem Eigenthumsübertragungsacte in keiner juristischen Verbindung steht. Mag also die Auflassung auf Grundlage einer Schenkung oder eines Kaufs erfolgen, so ist nicht etwa der Eigenthumsübergang im letzteren Falle von vorgängiger oder nachfolgender Preiszahlung abhängig, während dies im Schenkungsfalle nicht erfordert würde, sondern der Eigenthumsübergang erfolgt (auch wenn dabei des Schenkens oder Kaufens, ja selbst des Preiszahlens, ausdrücklich gedacht wird) lediglich in Folge der zur Auflassung nöthigen Acte: Herübergeben des Symbols (vor dem Richter) mit den beiderseitigen den animus transferendi und accipiendi dominii genau kennzeichnenden Erklärungen. Also wir haben *eine ganz rein als Formalact ausgeprägte Eigenthumsübertragung* vor uns.

Ich stelle in dem folgenden § einige Quellenzeugnisse zusammen, die dies zur Genüge bestätigen werden.

7 §. 7. (*Verschiedene* causae *der* vestitio.) —

3) Bei dem Veräußerungsacte ist noch wieder von großer Wichtigkeit die Unterscheidung der zwei in den Quellen erwähnten Bestandtheile: der traditio (sala) und der vestitura (gewere), deren Stellung zu einander verschieden erklärt wird. Vgl. insbes. Grimm a. a. O. S. 555—557. Albrecht Gewere (1828) S. 63 ff. Beseler Erbvertr. I. (1835) S. 19—47. Häberlin Syst. Bearb. v. Meichelbecks Hist. Fris. I (1842) S. 3. 6. 26. 56. 79. 196 ff. Beseler Syst. II (1853) § 88. — Für die Frage von der Stellung des ganzen Eigenthumsveräußerungsgeschäfts zu der zum Grunde liegenden materiellen causa, auf die es mir hier allein ankommt, braucht auf diese beiden Bestandtheile nicht weiter eingegangen zu werden.

1. Manche Stellen nennen, weil der Kauf der gewöhnlichste 7
Veräußerungsweg ist, den Veräußerer einfach den venditor, den Erwerber den emtor, aber offenbar ohne der Leistung des emtor auf die Frage vom Eigenthumsübergang irgend welchen bedingenden Einfluß zu gestatten.

Olai Verelii Index linguae veteris scytho-scandicae sive gothicae. Upsalae 1691. p. 229: sköta, certa caerimonia fundum venditum in potestatem emtoris transferre, ita ut pulverem fundi venditi in gremium eius coniiciat.

Also das Grundstück ist freilich verkauft, aber der Act, wodurch dasselbe in potestatem des Erwerbers transferirt wird, ist doch nur die caerimonia des in gremium coniicere des Staubes [1]).

Andreas Sunonis. 4. 13. — [2]): in venditione terrarum ad translationem dominii est necesse ut interveniat quaedam solennitas, in qua terrae modicum emptoris pallio extento manibus assistentium ... apponit venditor, qui designatam terram quam distra-

---

1) Vgl. auch die Stellen im Krauts Grundriß 4. Aufl. (1856) § 97 Nr. 22: „vendiderunt, tradiderunt et libere resignaverunt per porrectionem calami". Nr. 24: „per festucam et gazonem ... vendidi et manibus meis tradidi atque investivi tibi". Nr. 36: „si ... emtor testamentum venditionis accipere voluerit, in mallo hoc facere debet, et pretium in praesente tradat, et rem accipiat". Nr. 38: „si quis vendiderit possessionem suam alicui ... post acceptum pretium .... comprobetur firma emptio". Nr. 50: „omnium emptionum sive venditionum tractatus .... fiant in presentia consulum in sede sedentium". Nr. 74: „hie hot Henrich Bunrat vorkawft das eigen ... u. hot ym das uffgelassen". Nr. 80: „So we sin Erve verkofft, de schal dem anderen dat uplaten vor dem Rade".

2) Bei Westphalen monum. inedit. rer. Germ. Tom. IV (1745) p. 2045. (Vgl. Kolderup-Rosenvinge Dän. R. G. übers. v. Homeyer. 1825. § 31).

7 hit in emptorem (emptoris?) ipsius se transferre dominium profitetur.

Zur translatio dominii ist (was nur auch in venditione zur Verwendung kommt), nichts nöthig als die bestimmte Solennitas des Herübergebens des Stückchen Erde unter der Erklärung der Eigenthumsüberlassung.

2. Ganz ebenso, wie beim Kauf, kommt der Act vor, wenn eine Schenkung, eine Ueberweisung an eine Kirche, eine Gutsübergabe an den Nachfolger bei Lebzeiten, eine Pfandnahme stattfindet.

c. 2. X de consuetudine 1. 4: hanc conferendi formam esse proponitis, quod in huiusmodi donationibus[3]) modicum terrae consuevit in manu accipere vel in extremitate pallii, quod manu praelati ecclesiae sustinetur aut super altare ponendum sub testimonio videntium et audientium, sub dicta forma, quae scotatio vulgariter appellatur.

Calmet, histoire de Lorraine Tom. I (1728) preuves. p. 524. (a. 1107): has autem suprascriptas res territorias . . ecclesiae S. Mariae concedo, ... insuper per cultellum, festucam nodatam, wantonem et wassonem terrae atque ramum arboris . . . . legitimam facio concessionem et investituram, et me exinde foras expulsam walpivi, et absentem me feci, et iam dictae ecclesiae habendam reliqui.

---

3) Vgl. noch Kraut Grundriß Nr. 52: „de nostro iure in ius et dominationem iam dicti Monasterii per hanc chartulam donationis sive per festucam atque andelangum a die praesente donamus, tradimus atque perpetualiter in omnibus transfirmamus. In ea vero ratione, ut pars praedicti Monasterii ab hac die hoc habeat, teneat atque possideat, vel quidquid exinde facere voluerit, liberam ac firmissimam . . . habeat potestatem“.

Recklinghauser Hofrecht bei Rive Ueb. d. Bauergüterwe- 7
sen I (1824) S. 229. 230. „Wollte der Inhaber eines hobs-hörigen Guts dasselbe in seinem Leben an seinen durch das Gesetz berufenen Nachfolger übertragen, so mußte er sich außerhalb desselben und selbst der dazu gehörenden Grundstücke befinden. Daselbst erklärte er in Gegenwart des Hobsgerichtsschreibers, des Hobsfrohnen und zweier Hobsgeschwornen seinen vorgedachten Willen, überreichte sodann, nachdem sie auf das Gut zurückgekehrt waren, seinem Nachfolger Torf und Zweig und somit den Besitz des Gutes, welchen dieser durch Annahme des Torfes und des Zweiges und durch Auslöschung und Anzündung des Feuers, Berührung des Viehes u. s. w. ergriff."

Würtemb. Landr. v. 1554 (fol. 120. 124. nach Grimm S. 113. 114) Ausg. v. 1567 fol. 159: Und so das unterpfand ein haus were, dafs der statt- oder dorfknecht daraus schneid ein spon, were es ein weingart, daraus schneid ein reb, were es ein acker, daraus haue ein schollen, were es ein wise, daraus haue ein wasen, und das gebe dem glaubiger [dadurch er den angriff bekommet[4])]. — Aehnliches über die Hülfsvollstreckung bei Michelsen a. a. O. S. 24. 25. —

In diesen Stellen wird die vestitio die „conferendi forma", die zum concedere (d. h. der materiellen causa) „insuper" hinzutretende „legitima concessio" genannt, sie gilt als der wirkliche Act der Leistung, als das eigentliche Uebergeben der Sache. Das dingliche Recht (ius et dominatio — libera potestas — angriff) beginnt von da an für den Empfänger.

3. Sehen wir in den vorstehenden Stellen für die vestitio die verschiedensten causae angegeben, so wird nun auch in

4) Diese Worte, die Grimm als zum Text gehörige mitzutheilen scheint, fehlen in der mir vorliegenden Ausg. v. 1567.

7 anderen ausdrücklich hervorgehoben, daß die causa für die juristische Bedeutung der Auflassung völlig gleichgültig sei.

> c. 2. X. cit. .... quum huiusmodi signum, quod scotatio dicitur, non tam factae donationis quam traditae possessionis sit evidens argumentum.

Der Wille der Parteien ist bei dem Acte an sich auf Uebergang von Besitz bezüglich Eigenthum oder sonstigem dinglichen Recht gerichtet. Der Wille des Verschenkens, Verkaufens u. s. w. ist etwas völlig davon Getrenntes, und so kann denn auch aus dem Acte kein Schluß auf eins dieser letzteren gezogen werden[5]). Die Scotation ist mithin, wie die folgende Stelle sagt, ein reiner Alienationsact ohne allen juristischen Zusammenhang mit der factisch natürlich immer irgendwie vorauszusetzenden causa.

> Joh. Ihre Glossar. Suiogothicum. Upsal. 1769. II. p. 618; s. v. sköta: in sinum coniicere, i skot läggia, ...; usurpabatur vero vox nostra de quolibet actu abalienationis, sive sortitione sive donatione aut venditione fieret, ubi nempe sortes in gremium coniiciebantur, vel etiam festuca glebave, tanquam symbolum transactionis factae, in sinum emtoris aut donatarii mittebantur.

Von besonderem Interesse sind — neben vorstehenden, zum Theil nur die Ansichten von Schriftstellern enthaltenden, Zeugnissen — noch folgende zwei Schilderungen, welche uns aus verschiedenen Gegenden germanischen Rechtes die herkömmlichen bei der Auflassung gesprochenen Formeln mittheilen; also die besten in dieser Hinsicht zu erbringenden Quellen.

5) Daher wird meistens da, wo nur von dem Uebergange des Sachenrechts die Rede sein soll, die materielle causa ganz unerwähnt gelassen. S. die vielen unter diesen Gesichtspunkt gehörigen Belegstellen in Krauts Grundriß § 97.

Joh. O. Stiernhöök de iure Sueonum et Gothorum vetusto. Holmiae 1682. p. 234. 235: in horum praesentia rex particulam ex terra *venali* in sinum *emptoris* excutiebat, in signum simul totum tradi . . . . . .; ad hunc modum olim etiam privati contraxerunt, manibus assistentium extenso *emptoris* pallio, in quod terrae modicum *venditor* conjiciebat cum solenni alienandi formula, quae sola posterioribus seculis retenta fuit et vox sine ritu: nam et hodie confirmatio iudicialis, quae fit super eiusmodi contractu, scotatio dicitur. 7

p. 236: formula autem ad scotationem alienandi haec fuit: . . . . . „alieno a me fundum meum legitime publicatum et statum . . . . *et alieno a me* (affhänder mig) et haeredibus meis *sub te* N et tuos haeredes *tanti* N (under tigh och tina arfwe for swa mange penninge) et hi duodecim NN et testes sunt et firmatores". — Simul excussio terrae facta est, quae, ut modo dictum, obsolevit, cum formula haec etiam hodie in omnibus instrumentis publicis retineatur et inseratur cum firmatorum nominibus, *qui in omni fundorum distractione sive illa emptione venditione sive permutatione sive etiam donatione fieret, adhibebantur.*

Man sieht hier, die Formel ist für den Kauf entworfen: affhänder mig for swa mange penninge; aber doch wird die Formel nicht bloß für den Kauf gebraucht, sondern für jegliche sonstige Veräußerung wie Tausch und Schenkung. Das ist nicht etwa so zu verstehen, daß die Formel unverändert so gesprochen und zu ihrer Erfüllung bei Tausch und Schenkung ein Scheinpreis gegeben worden wäre; sondern die Formel ist eine je nach der causa veränderliche. Wird der Gegenstand z. B. verschenkt, so werden die Worte for swa mange penninge weggelassen.

7 Gerade weil die causa juristisch gleichgültig ist, variirt in dieser Hinsicht das in der Formel Gesprochene. Das für den Eigenthumsübergang Entscheidende ist die „solennis alienandi formula“, die acceptirte Erklärung, daß der Veräußerer sein Recht von sich gebe (affhänder mig), also der zusammenstimmende animus transferendi und accipiendi dominii, verbunden (in älterer Zeit) mit der symbolischen Handlung der excussio terrae.

Das Variabele in Betreff der causa des Geschäfts in der gesprochenen Formel tritt deutlich in folgender anderen Schilderung des Herganges hervor:

Wendelin ad leg. Sal.[6]) p. 153: Cum fundus vel donatur vel venditur vetus eius dominus cespitem ex illo fundo fodicat cultro[7]) non quadratum sed orbiculatum, latum quaquaversum digitos summum quatuor, cui si pratum est infigit herbam, si ager ramusculum quatuor circiter digitos altum, hac imagine fundum repraesentans uti optimus maximusque est, cum eo scilicet omni, quod solo continetur, quodque in illo naturaliter crescit. Hunc cespitem sic infestucatum sive infatima-

6) In: Jo. Jac. Chifletii Opera politico-historica. Accedunt praeterea Leges Salicae cum Glossar. auct. Gotefrido Wendelino. Antverpiae 1650.

7) Michelsen a. a. O. S. 26 fragt: „Ein aufmerksamer Blick ..... muß alsbald herausfinden, daß festuca und cultellus zusammengehören. In einer der Veronaer Formeln wird ausdrücklich gesagt: elevet atramentarium tantum supra pergamena de terra, si non tribuunt eis terram, si vero tribuunt, tunc elevent cultellum. Wir verstehen dies dahin, daß wenn Eigenthum an dem Grundstücke übertragen werden sollte, das Messer mit aufgehoben und übergeben ward, sonst nur die Urkunde. Wozu sollte auch sonst, fragen wir wieder (vgl. a. a. O. S. 8), das Messer hier gedient haben, als zum Einschneiden der Marke?“ — Darauf läßt sich antworten, daß wenigstens nach der angeführten Stelle das Messer zum Ausschneiden des Rasenstücks dient.

tum defert traditque in manus Domini seu Maioris, quem his verbis alloquitur: „Ego Domine Maior transporto in tuas manus meum illum fundum, situm illo loco .... idque ad opus illius N titulo purae donationis vel titulo venditionis et pretii tanti, quam pecuniam agnosco me recepisse". — Maior deinde acceptum cespitem cum sua festuca tradit emptori vel donatario sub hac verborum formula: „Ego hunc illum fundum mihi per N in manus praesenter deportatum trado in manus tuas N, atque immitto te in realem actualem et corporalem possessionem".

Offenbar hat der Veräußerer in der ihm in den Mund gelegten Formel nicht Schenkung und Kauf neben einander erwähnt, sondern er spricht das Eine oder das Andere, und beim Kauf bezeugt er auch gleich (wenn er das Geld schon erhalten hatte) den richtigen Empfang des Kaufgeldes. Handelte es sich um einen Tausch u. s. w. so wird auch danach die Formel entsprechend verändert worden sein. Zum eigentlichen Act der vestitio gehört aber diese Erwähnung der causa nicht; dieser besteht in der Uebergabe des Rasenstücks mit dem Willen des Uebergebens und Empfangens von Besitz und (wofern überhaupt Eigenthum übertragen werden sollte und man Eigenthümer war) von Eigenthum. Das spricht denn auch der Maior in vorstehender Stelle lediglich aus: trado in manus tuas atque immitto te in possessionem. —

Ich fasse das dargestellte deutschrechtliche Geschäft nochmals kurz zusammen. Es enthält eine gewisse solennitas, und zwar eine vom positiven Recht bestimmt anerkannte. Mit Römischer Ausdrucksweise kann man es einen civilrechtlichen Eigenthumserwerb nennen[8]). Von der materiellen causa ist der dar-

8) In einer Menge von Stellen wird bei dem Acte ganz besonders hervorgehoben, daß die Solennität nicht aus individuellem Belieben, sondern zur

7 aus hervorgehende Eigenthumsübergang juristisch unabhängig, es kann die causa, wenngleich sie erklärlicherweise oft dabei erwähnt wird, auch ganz unberührt und ungewiß bleiben. Das was in Betreff der Parteien feststehen muß, ist nur der animus transferendi und accipiendi dominii (oder des sonstigen in Betracht kommenden dinglichen Rechts).

8 §. 8. (Die in iure cessio.) — Ich wende mich jetzt zum Römischen Rechte. Hat auch dies, wie behauptet wird, dingliche Formalacte? — Ich werde diese Frage zunächst in Betreff der in iure cessio, die hier im Uebrigen nicht Gegenstand meiner Darstellung sein wird, kurz beantworten. Sodann rücksichtlich der mancipatio wird die gestellte Frage in weitgehende Untersuchungen führen, Untersuchungen, die denn auch nicht bloß zu dem Zwecke angestellt werden sollen, um speciell nur auf jene Frage eine Antwort zu erhalten. Will man das Verhältniß der causa zur mancipatio feststellen, so müssen vorzugsweise alle Beziehungen der Kaufes-causa zu mancipatio ermittelt werden; will man aber dies, so hat man ein weitgreifendes Detail von Punkten über die Natur des Kaufs und die Römisch-geschichtliche Behandlung des Kaufs, sowie andererseits über Wesen und geschichtliche Entwicklung der Mancipation zur Erörterung zu bringen. So wird also — aus Anlaß der gestellten Frage — die vorliegende Abhandlung die Gesammtheit der zwischen Kauf und Mancipation bestehenden Verbindung

Erfüllung einer recipirten Rechtsform vorgenommen wird. S. z. B. die Stellen bei Grimm R. A. S. 112. 113 „secundum morem saxonicae legis", „iure rituque populari", „qui lege Salicha vivere visi sumus", „als in den lande et recht is". S. 124. 125 „traditionem lege Salica fecit", „ut mos est in populo", „secundum consuetudinem civitatis", „ut moris est", „ut est moris", „als das gewönlichen ist", „als sittlich und gewonlich ist", „nach gewohnlichen sitten," „als recht und leutlich ist", „als gewonlich ist", „also gewöhnlich ist", „als in diesem land sitte herkommen und gewonheit ist", „als gewohnheit ist".

als zu lösende Aufgabe betrachten. Erst wenn dies erledigt ist, wird jene Frage auch für die traditio entwickelt werden können.

Zuerst also die in iure cessio. War sie ein Formalact in dem oben genauer begrenzten Sinn?

Es giebt eine Vorschrift des Römischen Rechts, die in ihren Einzelnheiten unten genauer untersucht werden wird, daß nämlich verkaufte Sachen nur dann ins Eigenthum des Käufers gelangen, wenn von seiner Seite der Preis gezahlt oder derselbe ihm creditirt worden ist. Wenn es richtig ist, was ich unten glaube beweisen zu können, daß sich diese Vorschrift auf den ganzen Kauf bezog, so scheint dann auch die Schlußfolgerung gezogen werden zu müssen, daß verkaufte und in iure cedirte Sachen erst nach erfolgter Preis-Zahlung oder -Creditirung ins Eigenthum des Cessionars übergingen. In der That habe ich denn auch diese Schlußfolgerung (die ich freilich nirgends gedruckt gefunden), doch von bewährter Seite her als die richtige aufstellen gehört.

Ist aber dies richtig, so ist die in iure cessio kein reiner Formalact; denn in derselben Weise, wie dies im §. 3 in Bezug auf die mancipatio hervorgehoben wurde, wird dann immer gefragt werden müssen, ob Kaufes-causa oder Nicht-Kaufes-causa vorliegt. Im ersteren Fall muß für den Eigenthumsübergang erst feststehen, daß die Preis-Zahlung oder -Creditirung erfolgt ist, und im letzteren Fall wird für das Sichersein des erfolgten Eigenthumsüberganges doch eben erst ermittelt sein müssen, daß kein Kauf d. h. welche einzelne Nicht-Kaufes-causa im concreten Falle vorliegt. Das Abhängen eines Eigenthumsübertragungsactes von einem mit einer einzelnen bestimmten causa zusammenhängenden Umstande macht mittelbar das ganze Institut davon abhängig, daß im practischen Rechtsleben stets alle causae möglicherweise zur Untersuchung gezogen werden können.

8 Jene Abhängigkeit des auf der in iure cessio ruhenden Eigenthumsüberganges von Kaufpreis-Zahlung oder -Creditirung ist nun aber durchaus in Abrede zu nehmen, aus folgenden Gründen.

Die in iure cessio hängt zusammen mit dem Legisactionenverfahren sacramento. Dies letztere besteht aus folgenden Theilen:

Bei gewissen Processen, namentlich beim Eigenthumsstreit fand in iure zuerst die vindicatio oder das in iure manum conserere statt. Kläger, mit der festuca oder vindicta die Sache berührend, spricht:

hunc ego hominem ex iure Quiritium meum esse aio secundum suam causam, sicut dixi: ecce tibi vindictam imposui.

Der Beklagte contravindicirt.

Der Prätor spricht hierauf:

mittite ambo hominem.

Nach der Vindication kommt das sacramento contendere.

Kläger spricht:

postulo, anne dicas, qua ex causa vindicaveris?

Bekagter antwortet:

ius peregi, sicut vindictam imposui, u. s. w.[1]).

Also die Hinweisung auf eine causa des Vindicirens (qua ex causa vindicaveris) folgt erst hinter der Vornahme der vindicatio, und zwar als eine Frage des Klägers an den Beklagten; bei der Vindicatio selbst kommt eine Rücksichtnahme auf die causa nicht vor, sie ist die absolute Behauptung: aio rem meam esse, und es kann auch nicht etwa (was schon sprachlich bedenklich wäre) in den bei der vindicatio gesprochenen Worten: secundum suam causam eine Hinweisung auf die materielle causa,

---

1) Gai IV. 16.

von der wir hier reden, gefunden werden [2]). — Doch auch an- 8
genommen, der Kläger habe immer vor der Vindication seinen Erwerbsgrund des Eigenthums angegeben, und die Worte secundum suam causam sicut dixi enthielten eine Rückverweisung hierauf, — eine Annahme die mit dem Umstande, daß man auch noch im späteren Rechte sine adiecta causa vindiciren konnte, schwer harmoniren würde, — so haben wir doch jedenfalls in Betreff der in iure cessio einen sicheren Anhalt, daß hier von der Angabe einer causa nicht die Rede war.

Die in iure cessio ist nämlich, nur unter der Voraussetzung daß unter den Parteien kein Streit ist, das jener Vindication ganz gleichartig construirte Verfahren.

Der Erwerber rem tenens ita vindicat: hunc ego hominem ex iure Quiritium meum esse aio.

Der Veräußerer, vom Prätor befragt, ob er contravindicire, schweigt oder negirt.

Der Prätor, der dort gesprochen hatte: mittite ambo hominem, addicirt hier die Sache dem Vindicanten [3]).

Hiemit ist der Act der in iure cessio zu Ende, jedenfalls das Fragen nach der causa von Seiten des Vindicanten gehört nicht mehr dazu. Andererseits fehlen hier die Worte: secundum suam causam, sicut dixi. Also auch wenn darin eine Hinweisung auf die causa des Klägers liegen sollte, so ist diese doch von der in iure cessio ausgeschlossen. —

Und wie kann dies denn auch bei der ganzen Construction der in iure cessio anders sein? Der Vindicant ist ja noch nicht Eigenthümer, er wird es erst durch Vollendung des Actes der in iure cessio. Er behauptet aber fälschlich (contra veritatem)

2) Ich lasse es dahingestellt sein, ob, wie Puchta (Curs. d. J. II. §. 161. m) meint, die Worte secundum suam causam nur bei der Vindication eines Menschen gebraucht wurden.

3) Gai II. 24.

8 die Sache gehöre ihm bereits[4]). Angenommen, es sei zwischen den Parteien ein Kauf abgeschlossen worden und es sollte aus Veranlassung dessen die in iure cessio vorgenommen werden. Jedenfalls wäre nun die Berufung auf diese causa emtionis für den Vindicanten etwas völlig Irrelevantes. Denn *entweder* ist auf Grundlage dieses Kaufs der Käufer (durch mancipatio oder traditio) schon Eigenthümer geworden, dann wird natürlich gar keine in iure cessio mehr vorgenommen werden; *oder* es ist bloß erst ein Kauf contrahirt und der Käufer ist noch nicht Eigenthümer, dann ist die Berufung auf den Kauf unzureichend, weil der Vindicant die Behauptung aufstellt bereits Eigenthümer zu sein.

Wir können dies auch so ausdrücken: für die in iure cessio muß jede Berufung auf eine materielle causa gleichgültig sein, weil jene so eingerichtet ist, daß der Vindicant in allgemein anerkannter Weise eine zunächst unrichtige Behauptung aufstellt, die gerade dadurch zu einer richtigen wird, daß in diesem Acte der jetzige Eigenthümer contra veritatem ihr consentirt. Also die in iure cessio kann sich gar nicht auf die Richtigkeit einer schon vorhandenen causa stützen.

Dagegen haben wir in der in iure cessio genau alle Momente vor uns, die wir oben als die Elemente eines dinglichen Formalactes haben kennen lernen. Sie ist eine im positiven Civilrecht bestimmt anerkannte Erwerbart, es wird durch den Spruch des Vindicanten und das Befragen und Negiren (resp. Schweigen) des Eigenthümers genau der beiderseitige animus accipiendi und transferendi dominii constatirt und es wird durch die Addiction des Prätors der Zeitpunkt festgestellt, in welchem das Eigenthum vom Cedenten auf den Erwerber herüberfließt.

---

4) Isidor. Orig. V. 25: Cessio est proprie rei concessio .... cedere enim dicimus quasi concedere et quae *propria* sunt .... nam cedere proprie dicitur, qui *contra veritatem* alicui consentit.

Ich glaube hiernach mit Bestimmtheit die in iure cessio 8 für einen dinglichen Formalact erklären zu müssen. Enthält nun aber nicht jener Römische Rechtssatz, daß alle verkauften Sachen erst mit der Preis-Zahlung oder -Creditirung ins Eigenthum des Erwerbers übergehen, immer noch eine Schwierigkeit? — Nicht wirklich, sondern nur deren Schein. Jener Satz kann nur für die Fälle gelten, in denen man *auf Grundlage* des Kaufs Eigenthümer wird, d. h. er gilt nur für Eigenthumserwerbarten, bei denen die vorliegende venditionis causa juristisch in Betracht kommt, die also in rechtlichem Zusammenhange mit dieser causa stehen. Wie sich dies bei der mancipatio und traditio stellt, wird eben weiter zu untersuchen sein. Jedenfalls in Betreff der in iure cessio läßt sich schon hier mit Sicherheit sagen, daß bei ihr auf die emtionis, donationis etc. causa gar nicht hingeblickt wird. Die in iure cessio kümmert sich nicht um ein Gekaufthaben, Geschenkterhaltenhaben, sie steht völlig auf eigenen Füßen. Der Erwerber stützt sich auf die unter Einwilligung des Eigenthümers erfolgte Prätorische Addiction. Hatte er mit dem Eigenthümer einen Kauf, eine Schenkung verabredet, so kann man wohl sagen, er sei *aus Veranlassung* eines Kaufs, einer Schenkung durch in iure cessio Eigenthümer geworden, aber nie läßt sich behaupten, die in iure cessio habe ihn *auf Grundlage* des Kaufs oder der Schenkung zum Eigenthümer gemacht. Es kann also ein Rechtssatz, der sich speciell auf den Kauf bezieht, keinerlei Einwirkung auf die in iure cessio äußern. —

Noch eine Frage läßt sich hier aufwerfen. Wenn auch an sich der Erwerber Eigenthümer durch die in iure cessio wurde, läßt es sich denken, daß, falls er „aus Veranlassung" eines Kaufes sich hatte in iure cediren lassen, und hinterdrein die rei vindicatio gegen den Veräußerer anstellte, diesem wegen nicht gezahlten oder creditirten Kaufpreises die exceptio doli zugestan-

8 den worden ist? Ich weiß zur Beantwortung dieser Frage keinerlei Anhaltspunkt aus den Quellen anzuführen. Jedenfalls auch wenn sich dies bejahen ließe, so würde unser Satz, daß die in iure cessio in sich selbst ein dinglicher Formalact sei, dadurch nicht geschwächt, sondern umgekehrt bestätigt werden.

9 §. 9. (Mancipatio und nexum.) — Ich gelange zur mancipatio. Wie steht dieselbe zu der causa, welche unter den Parteien als Triebfeder zur Veräußerung bestand?

Diese Frage muß hier gleich eine ganz besondere Fassung annehmen. Jene deutschrechtliche Auflassung und die eben betrachtete in iure cessio sind Rechtsacte, die schon in ihrer Construction einer bestimmten einzelnen causa völlig fremd gegenüberstehen, wonach es von vorn herein nahe liegt, daß sie überhaupt von allen causae juristisch abgetrennt sind.

Bei der mancipatio ist das anders. Die mancipatio steht unter dem allgemeineren Begriff des gerere per aes et libram. Letzteres umfaßt außer der mancipatio die nexi obligatio und die nexi liberatio. Die mancipatio tritt uns nach den Quellen als ein Kauf, die nexi obligatio als ein Darlehn, die nexi liberatio als eine Zahlung entgegen. Also wir haben hier natürlich gegebene concrete Geschäfte vor uns, auf sie werden die drei Arten des gerere per aes et libram zurückgeführt; es bildet immer ein einzelnes materielles Geschäft die causa jeder dieser drei Arten des per aes et libram gestum. — Die juristische allgemeine Stellung dieser Geschäfte per aes et libram ist nun aber die, daß darin ein mit ganz besonderen civilrechtlichen Wirkungen versehenes Gebiet geschaffen ist. Das Darlehn ist an sich ein naturales Geschäft, das seine treibenden Elemente in öconomischen Naturgesetzen findet. Das Recht, welches das Darlehn nicht schafft, kann den natürlichen Darlehnsstoff juristisch sehr verschieden gestalten [1]).

1) Man vergleiche z. B. die Behandlung des Darlehns im moslemischen

Die Römer haben, in ihrer für die natürlichen Verhältnisse feinfühligen Weise, im Nexum den naturalen Darlehnsinhalt sehr genau festgehalten, aber sie haben es zu einer, mit absonderlichem civilrechtlich strengem Schutz versehenen, unmittelbar zum Executionsrecht führenden Obligation erhoben. Ferner: in der nexi liberatio liegt zunächst der natürlich gegebene Begriff des Zahlungsactes, der aber unter die Rechtsform des Nexum gestellt ist, um der streng civilrechtlichen Verbindlichmachung gegenüber die gleich sichere civilrechtliche Liberirung gewähren zu können. Endlich: die mancipatio ist das mit besonderen civilrechtlichen Wirkungen versehene civilrechtlich vollführte, aber an sich als natürlicher Begriff schon von vorn herein gegebene Geschäft des Kaufs. Die civilrechtlichen Wirkungen sind insbesondere die, daß aus der mancipatio einerseits noch wieder eine eigene Obligation hervorgehen kann, und andererseits an der erkauften Sache der Erwerb des dominium ex iure Quiritium statt findet. — Durch alle drei Acte zieht sich das Gemeinsame, daß Geld gezahlt wird. Sie sind das aes dare zur Gewinnung einer Sache, einer Forderung, einer Liberation; und gerade dies Gemeinsame ist für die Römer jedenfalls der Anhaltspunkt gewesen, an den sie die eigenthümlich civilrechtliche Form (die

Rechte. Das Darlehn (der Dein) ist natürlich auch den Muhamedanern bekannt als die Uebertragung „von Geld oder [ähnlichen] Sachen unter der Verpflichtung Gegenstände von demselben Werth und derselben Quantität und Qualität zur festgesetzten Zeit zurückzugeben". Dieser natürliche Gehalt des Darlehns wird nun aber dort (abgesehen von der Bestimmung, daß der Dein ohne Vortheil des Gläubigers, also auch unverzinslich sein muß) juristisch so behandelt, daß das moslemische Recht den Dein zu den Kaufverträgen zählt. Der Dein ist eine „Handlung des Kaufs und Verkaufs auf bestimmte Frist mit Zahlung des Kaufpreises in Voraus. Der Creditor wird als Käufer, der Debitor als Verkäufer [der später zu leistenden Gegenstände] angesehen". Vgl. Nic. v. Tornauw das Moslemische Recht (Leipz. 1855) S. 103—105.

9 libra und das Abwägen vor 5 Zeugen), welche wiederum die Vorbedingung der besonderen civilrechtlichen Wirkungen ist, angeknüpft haben. Ob dadurch auch innerlich in Betreff dieser Wirkungen ein soweit Gemeinsames entstanden sei, daß man die mancipatio mit unter das nexum stellen dürfe oder nicht, war schon bei den Römern streitig und wir können diese auch bei uns keineswegs zweifelsfreie Sache hier dahin gestellt sein lassen.

Jedenfalls leidet aber das bisher Gesagte nach der vorher ins Auge gefaßten Richtung hin noch an völliger Unbestimmtheit. Mancipatio, nexi obligatio und nexi liberatio sind civilrechtliche Geschäfte; ihre Grundlage bilden die natürlich gegebenen causae des Kaufs, des Darlehns, der Zahlung. Hier erhebt sich die Doppelfrage: mußten denn bei den Römern (etwa wenigstens in älterer Zeit) alle Käufe als Mancipationen, alle Darlehne als nexi obligationes, alle Zahlungen als nexi liberationes geschlossen werden? Diese Frage kann für die mancipatio (die ja nur auf res mancipi ging) sicher nicht bejaht werden, für die anderen beiden Geschäfte kann ich sie hier bei Seite legen. — Die andere Frage: das aes dare in Mancipation, Nexi Obligation und Liberation war ja nur eine Solennität; war es denn überhaupt nöthig, daß dem Geschäfte stets ein wahrer Kauf, wahres Darlehn, wahre Zahlung zum Grunde lag? Mit dieser Frage, deren Beantwortung für nexi obligatio und liberatio ich nachträglich an einem anderen Orte geben werde, ist für die Mancipatio der Punkt bezeichnet, von dem die folgenden Erörterungen ausgehen werden. Die allgemeine Frage: hängt die mancipatio mit ihrer materiellen causa juristisch zusammen? muß, da die Mancipation von vorn herein als Kauf auftritt, die Fassung annehmen: setzt die mancipatio als ihre Grundlage einen reellen Kauf voraus? oder: wie verhält sich die manci-

patio zur Kaufes-causa und zu den Nicht-Kaufes-causae? Da- 9
mit ist aber überhaupt die Frage eröffnet: wie haben sich bei den Römern Kauf und Mancipation in ihrer gegenseitigen Stellung zu einander entwickelt?

In dieser Fassung ist der Gegenstand der im Folgenden zu führenden Untersuchung genau festgestellt.

Drittes Capitel.

Die „Natur" des Kaufes.

10 §. 10. (Natural- und Geldwirthschaft.) — Justinian erzählt uns, daß die 12 Tafeln eine Bestimmung enthalten haben, wonach beim Kauf das Eigenthum erst mit der Preiszahlung (oder was ihr gleichsteht) übergehen soll. Diese Stelle wird nach verschiedenen Seiten hin einer eingehenden Beleuchtung bedürfen.

§. 41 J. de rer. div. 2. 1: Venditae vero res et traditae non aliter emtori acquiruntur, quam si is venditori pretium solverit vel alio modo ei satisfecerit, veluti expromissore aut pignore dato. Quod cavetur quidem et (etiam) lege duodecim tabularum [1]), tamen recte dicitur et iure gentium id est iure naturali id effici. Sed si is, qui vendidit, fidem emtoris secutus est, dicendum est, statim rem emtoris fieri.

---

1) Ueber den Text der Stelle, — und insbesondere darüber, daß hier ein wirklicher Satz der 12 Taf. in Bezug genommen ist, und nicht etwa (in Gemäßheit der Lesart: quod cavetur quidem ex lege XII tab.) ein erst durch Interpretation an die 12 Taf. angelehnter, — vgl. Dirksen Zwölf-Tafel-Fragmente (1824) S. 499. 500. — Schrader ad §. J. cit. zieht die Lesart vor: quod cavetur quidem etiam ex lege XII tab., erkennt aber dabei doch mit Recht an, daß es sich hier um einen wirklich auf die 12 Taf., nicht erst die Interpretation derselben, zurückzuführenden Satz handle.

Die Stelle sagt nicht, ob die 12 Tafeln ihren Satz für die res mancipi oder nec mancipi oder etwa für beide aufgestellt haben. 10 Lassen wir die Frage, welche dieser drei Möglichkeiten für das Richtige zu halten sei, zunächst bei Seite, und prüfen wir, was unter der Berufung auf das „allgemeine Recht"[2]) hier im Genaueren zu verstehen sei? Die Institutionen sagen, der Eigenthumsübergang beim Kauf auf Grundlage der Solution oder Satisfaction sei ein Satz des ius gentium. Indem sie aber hinzusetzen, dies ius gentium sei auch zugleich ius naturale, so wollen sie damit hervorheben, daß es sich hier nicht etwa um ein der naturalis ratio entbehrendes ius gentium handele (wie die Römer[3]) dies in Betreff der Sklaverei betonen), sondern daß dem ius gentium eine naturalis ratio zum Grunde liege, welche es rechtfertigt, daß man das ius gentium hier auch als ius naturale bezeichne, also in der vorliegenden Frage ius gentium und ius naturale einfach als identisch („iure gentium id est iure naturali") behandle.

Ich habe in dem ersten Heft meiner civilistischen Studien meine Ansicht genauer dargelegt, wie die Stellung der beiden Begriffe ius gentium und ius naturale aufzufassen sei. Jener ist ein sich auf den Umfang der Geltung des Rechts beziehender Ausdruck, letzterer bezieht sich auf den natürlich-materiellen Stoff, aus dem der Rechtssatz besteht[4]). Ich habe schon dort die vielfach verkannte Bedeutung dieses materiellen Stoffes, der naturalis ratio, im Allgemeinen zu charakterisiren versucht[5]), und

2) Hugo R. G. (11te Aufl.) S. 208: „den 12 Taf. schreiben Justinians Institutionen den Satz zu, welchen sie auch für allgemeines Recht ansehen" u. s. w. Puchta Curs. d. Inst. II. §. 241. f. „die Begründung aber aus dem allgemeinen Recht" u. s. w.

3) Vgl. meine Civ. Studien I. S. 80 Note 1.

4) Civ. Studien I. S. 57 ff.

5) A. a. O. S. 77—79.

10 mich dagegen ausgesprochen, daß man, wozu allerdings die Römer einen gewissen Anlaß geben, aus den drei Begriffen ius naturale, gentium et civile drei Perioden der geschichtlichen Entwicklung des Rechtes mache[6]). Ich halte diese Ansichten noch jetzt für die richtigen, betrachte es also insbesondere auch als unzulässig, in Betreff der Entwicklung des menschlichen Vermögensverkehrs und der eigenthumübertragenden und obligationenbegründenden Rechtsgeschäfte eine derartige Dreiheit von Perioden construiren zu wollen. Bekanntlich ist dies (wenigstens in Betreff der obligationenbegründenden Verträge) von Huschke versucht worden[7]). An diesem Orte liegt mir nun lediglich ob,

---

6) A. a. O. S. 80—82.

7) Huschke Nexum S. 50 Note 55: „Verfolgt man die universalhistorische Genesis des Rechts nach den drei Stufen des ius naturale, gentium et civile, so führen die geschichtlich-biologischen Gesetze der Entwicklung des Menschengeschlechts auf folgenden Hergang. Auf der ursprünglichen Stufe des ius naturale trat erst der Gegensatz zwischen Contracten mit Hingabe zu eigen und ohne diese auf bloß äußere Weise (zum Gebrauchen, Aufbewahren u. s. w.) hervor (contractus stricti iuris und b. f.) und die ersteren äußerten darin eine größere Strenge, daß gleichsam zum Ersatz für das aufgegebene Eigenthum die Rückgabe mit Ergreifung der Person erzwungen wurde, die aber hier noch bloß auf der physischen Kraft des Gläubigers beruhte. Iure gentium sonderten sich die fungibelen Sachen von den infungibelen und damit auch die auf diesem Gegensatze beruhenden verschiedenen Contracte; nur die in den ersteren abgeschlossenen Contracte verpflichteten auf dieser Stufe strenger, aber nicht mehr mit dem Rechte, die Person selbst zu ergreifen, da auf dieser Stufe des schon eigentlichen Rechts die physische Prävalenz des Gläubigers keine Bedeutung mehr hat, sondern so, daß bei diesen Geschäften das certum im Gegensatz des incertum ins Auge gefaßt und eine Hülfe von Seiten der gens gewährt wurde. Die dritte Stufe des ius civile oder entwickelten Staates endlich hebt aus den fungibelen Sachen wieder das Geld hervor und erzeugt dafür das nexum, wieder mit einer Berechtigung die Person zu ergreifen, die nun aber nicht auf der physischen Prävalenz, sondern darauf beruht, daß der Gläubi-

zum genaueren Verständniß der mitgetheilten Institutionenstelle 10
zu untersuchen, was in Betreff des Kaufs die naturalis ratio ist, aus der auch speciell jener eine Satz hervorgehen soll, daß das Eigenthum erst nach erfolgter Preiszahlung oder Satisfaction übergehe.

Ich ziehe hier einige nationalöconomische Sätze herbei, nämlich die Begriffe von Arbeitstheilung, Waare, Markt, Umlauf (Circulation), Natural- und Geldwirthschaft. In dem menschlichen Verkehr ist es die mit steigender Cultur immer mehr sich entwickelnde Arbeitstheilung, welche dem durch natürliche Bedürfnisse zu solcher Arbeitstheilung getriebenen Menschen eine gewisse Summe von Gütern in die Hand giebt[8]). Diese Güter haben unter den zusammenlebenden Menschen einen „Gebrauchswerth", der sie Habende legt Werth darauf, sie zu behalten, der sie Nichthabende legt Werth darauf sie zu erwerben. Es entsteht in Betreff dieser Güter, indem die Individuen sich hinsichtlich ihrer im Zustande gegenseitiger Abhängigkeit befinden[9]), ein je nach dem „Ausgebot" und der „Nachfrage" sich regulirender Markt[10]). Indem die Güter vom einen Eigenthümer an den anderen übertragen werden, bildet sich ein Güterumlauf[11]). Die umlaufenden Güter sind die Waare. Mögen die Völker noch so roh und unentwickelt sein, so bestehen bei ihnen doch immer schon, wenn auch vielleicht in kleinem Maaßstabe, alle diese Begriffe, aus denen der Güterverkehr zusammengesetzt ist. Alle diese socialen Gestaltungen sind, wenn

---

biger hier rechtlich als pars populi aufgefaßt wird, der als solcher über den Verpflichteten Macht hat".

8) Roscher Syst. der Volkswirthsch. (2. Aufl. 1857) I. §. 95. Vergl. auch Civ. Studien III. S. 182.

9) Roscher §. 98 a.

10) Roscher §. 100. 111.

11) Roscher §. 96.

10 man sie mit dem technisch-civilistischen Ausdruck der Römer bezeichnen will, naturalis ratio.

Der gesammte Güterumlauf stützt sich nun aber seiner Grundform nach auf den Tausch[12]). Das Mittel, wodurch der Einzelne es möglich macht, sich seine Bedürfnisse zu befriedigen und die Güter des Anderen zu erlangen, ist, daß er seinerseits dafür andere Güter bietet, deren jener bedarf[13]). Hand in Hand mit der sich steigernden Arbeitstheilung steigern sich auch die Täusche. Die Naturalwirthschaft des durch Tauschen vermittelten Güterumlaufes ist eine Culturepoche, die jedes Volk durchlaufen muß[14]). Preis einer Waare ist der Tauschwerth, der sich in der Quantität einer gegen jene eintauschbaren anderen Waare ausspricht[15]). An sich muß erst Jedes mit Jedem getauscht werden, damit jedes Einzelne allen anderen Waaren gegenüber seinen Preis gewinne; und was auf diese Weise im regulären Verkehr mittelst einer bestimmten Waare sich von an-

12) Roscher §. 95. 98. Civ. Studien III. S. 181—183.

13) Die Fälle, daß Jemand Güter weggiebt, ohne andere dagegen einzutauschen (Schenkung, Weggabe sine causa u. s. w.) sind vom wirthschaftlichen Standpunkte aus so zurücktretend [vgl. Civ. Stud. III. S. 183—189, und insbesondere über die Seltenheit der Schenkung im alten Rom Hugo R. G. 11. Aufl. S. 76. 221], daß hierauf auch die positive Rechtsbildung unentwickelter Völker sich kaum einzulassen pflegt, während der aus dem Tausch entwickelte Kauf naturali ratione die Grundlage des Güterumlaufs ist, und daher von früh an ein Hauptobject für die Gewährung besonderen staatlichen Rechtsschutzes werden kann.

14) Roscher §. 116. Fr. 1 pr. de contr. emt. 18. 1: „Origo emendi vendendique a permutationibus coepit. Olim enim non ita erat nummus, neque aliud merx, aliud pretium vocabatur, sed unusquisque secundum necessitatem temporum ac rerum utilibus inutilia permutabat, quando plerumque evenit, ut, quod alteri superest, alteri desit. S. die vielen von John Taylor Elements on the civil Law (Cambridge 1755) p. 479—487 aus dem Alterthum zusammengebrachten Beweisstellen.

15) Roscher §. 99.

deren Waaren gewinnen läßt, ist ihr Marktpreis. Es kann ein 10
Volk schon in ganz primitiven Zuständen Metalle und insbesondere auch die edlen Metalle kennen, und doch kann es aus den verschiedensten Gründen im großen Ganzen noch auf dem Zustande der Naturalwirthschaft des Tauschverkehrs stehen [16]). Andererseits können in ganz civilisirten Zeiten, in denen das Geld bereits zur allgemeinen Herrschaft gekommen ist, besondere Gründe in beschränkten Gebieten immer noch wieder die reine Naturalwirthschaft des Tauschhandels zur Geltung bringen. So z. B. hat „der Verkehr zwischen chinesischen und russischen Kaufleuten in Kiachta die ursprüngliche Form des Tauschhandels bis in die neusten Zeiten in ziemlicher Reinheit bewahrt. Jeder Theil sucht in dem Waarenlager des Anderen die Artikel aus, nach denen er verlangt, und man versiegelt dieselben gemeinschaftlich. Die Chinesen wählen Pelze, Leder, Rennthierhorn, Tuch, Leinen, Spiegel, Glas, Glaskorallen und Glasschmelz, Farbenwaaren und chemische Präparate, Nürnberger Artikel, Eisen- und Stahlwaaren, für die sie Thee, Seide und Seidenzeuge, Porzellan, Nanking, Ginseng, Moschus, Rhabarber, Tusch, Zuckerkandi und Taback geben. Man hat jedoch zwei Werth-

16) Roscher §. 118. 119. Es giebt noch jetzt viele Völkerschaften, denen selbst die ersten Gestaltungen des Geldverkehrs fehlen. So z. B. viele Indianerstämme Nordamerikas. Vgl. Missionär Kirkbys Bericht aus dem Miss. Intelligencer im Ausland. 1863. Nr. 25. S. 578. „Die Kutschin sind die einzigen Indianer im Lande, die ich traf, welche entweder Reichthümer ansammeln oder ein Tauschhandelssystem haben. Beiden sind sie sehr zugethan, und vor allem sind Hyaqua-Muscheln — und nun Perlen, die von der Compagnie eingeführt werden — ihr Verkehrsmittel. Der Mann, welcher die meisten Perlen besitzt, wird als der reichste betrachtet". S. auch Tacitus Germ. 5: quamquam proximi, ob usum commerciorum, aurum et argentum in pretio habent formasque quasdam nostrae pecuniae agnoscunt atque eligunt, interiores simplicius et antiquius permutatione mercium utuntur.

10 messer, nach denen man bestimmt, wie viel der einen Waarengattung man für die andere eintauscht; der eine ist der bekannte Ziegelthee, der andere ist der Tun, unter welchem Namen der augenblickliche Werth von zehn Stück blauen Nankings verstanden wird. Bis auf die neueste Zeit war Regel, daß vor dem Beginne des Tauschhandels die Vorsteher der russischen Kaufleute mit Chinesen zusammentraten und den Werth jeder Waare nach Tuns festsetzten. Der einzelne russische Kaufmann war an die Preise gebunden, welche die Vorsteher der Gilde mit den Chinesen verabredet hatten, und durfte weder Credit geben, noch mit baarem Gelde bezahlen. Diese Beschränkungen unter denen der Handel so litt, daß im Jahre 1854 fast gar kein Geschäft gemacht wurde, sind im Herbste jenes Jahres durch einen Ukas aufgehoben worden. Gegenwärtig bestimmt jeder Kaufmann seine Preise selbst, und die Ausfuhr von Gold und Silber über die chinesische Gränze ist gestattet".

Dieselbe Naturgewalt, die in unseren Zeiten alle solche künstliche Wiederherstellungen des Tauschhandels doch schließlich immer bei Seite schiebt, ist es auch, welche in jedem Volke, sobald es sich höher zu entwickeln beginnt, den Umsatz der Naturalwirthschaft in die Geldwirthschaft hervorruft[17]). Die Erhebung eines einzelnen Gutes zum Tauschwerkzeuge oder Geld im w. S. — mag nun der Werthmesser aus Thierfellen (in Nordamerika Biberfellen), aus Vieh, Muscheln, Glasperlen, Salzbarren, Theeziegel, Stockfischen, Leinewand, Cacaobohnen u. s. w., oder mag er schließlich (was erst die wirkliche Geldwirth-

17) Roscher §. 117. — Fr. 1 pr. de contr. emt. 18. 1 (vgl. Note 14): Sed quia non semper nec facile concurrebat, ut, quum tu haberes quod ego desiderarem, invicem ego haberem quod tu accipere velles, electa materia est (dies eligere erfolgt zunächst durch den Verkehr selbst), cuius publica ac perpetua aestimatio difficultatibus permutationum aequalitate quantitatis subveniret.

schaft ist) aus Erz und den edlen Metallen bestehen[18]) — er- 10
folgt naturgesetzlich (naturali ratione) durch den Verkehr selbst in Folge weiter fortgeschrittener Arbeitstheilung. Das Geld im w. S. (noch abgesehen von dem Geld im eng. S., insbesondere der Münze) ist auch Waare[19]), aber eine solche, die sich im Verkehr eine besondere Bedeutung den übrigen Waaren gegenüber errungen hat. Insbesondere das edle Metall ist dasjenige Gut, welches wegen verschiedener Eigenschaften dazu bestimmt ist, über den ganzen Erdkreis der herrschende Werthmesser zu werden, und welches deßhalb außer seinem „Gebrauchswerth" einen eigenen „Tauschwerth" bekommt[20]). Dadurch daß in einem Volke ein bestimmtes Geld sich festgestellt hat, wird für den Verkehr die Veränderung hervorgerufen, daß die reinen Täusche zu ganz vereinzelten und wirthschaftlich unbedeutenden Fällen herabsinken. Indem der eigentliche Verkehrszustand der ist, daß Jeder seine Waaren gegen Geld umsetzt, tritt der reine Tausch auf die Stufe singulärer Bedeutung zurück, wie sie im Uebrigen Geschäfte wie Schenkung, datum sine causa u. s. w. haben (vgl. Note 13). Während in der Periode der Naturalwirthschaft der reine Tausch die eigentliche Basis des Güterumlaufs ist, so wird dies an Stelle des Tausches seit der Entwicklung der Geldwirthschaft der Kauf[21]). Der Kauf ist das Tauschen der Sache gegen den recipirten Werthmesser, in dem Empfangen des Werthmessers liegt dem Verkäufer der Grund (die

---

18) Roscher §. 118. 119.

19) Roscher a. a. O. §. 116. Note 5. Der Satz, daß das Geld Waare sei, ist darum nicht weniger richtig, daß man allerdings berechtigt ist, dem Gelde alle übrigen Verkehrsgegenstände als Waare im eng. S. entgegenzusetzen.

20) Roscher §. 121. 122.

21) Roscher §. 117. Böcking Pand. II. §. 147. Note 45 am Ende. Civ. Studien III. S. 183. Note 3.

10 causa) für das Weggeben der Waare, im Empfang der Waare dem Käufer der Grund des Veräußerns des Geldes.

11 §. 11. (Entwicklung der Geldwirthschaft bei den Römern.) — Der Weg, wie sich die Naturalwirthschaft in die Geldwirthschaft umgesetzt hat, läßt sich für die Römische Geschichte noch genauer durch seine verschiedenen Zwischenstufen hindurch verfolgen.

1. Der Zustand, wie der Römische Jurist ihn in der Stelle des vor. § Note 14 schildert, ist in Zeiten des italischen Volkslebens zurückzuversetzen, die der Gründung Roms um ein Bedeutendes vorausgingen. Unsere Quellen führen uns als ältesten Verkehrszustand schon der vorrömischen Zeit Verhältnisse vor Augen, in denen nicht mehr der roheste Zustand des Vertauschens jedes Dinges gegen jedes andere bestand, sondern sich bereits ein bestimmtes Tauschmittel vollkommen festgestellt hatte, nämlich das Heerdenvieh, Rinder und Schaafe, und zwar das Rind dem Schaaf im Werth von 1 : 10 gegenübergestellt. In den ältesten gesetzlichen Bußen erkennt man noch diesen Verkehrszustand, er lebt für spätere Zeiten fort im Wort pecunia [1]); in den Veräußerungsgeschäften späterer Zeit lebt er nicht mehr fort.

2. An die Stelle dieses Werthmessers war auch schon in vorrömischer Zeit ein passenderes Tauschmittel getreten: das Kupfer, aes (davon aestimare). Aus diesen Verkehrsverhältnissen datirt und erklärt sich das Römische Rechtsgeschäft der Mancipation. Gegen die Waare ist das Tauschmittel nur so bestimmbar, daß das in rohen Stücken umlaufende Kupfer (aes rude) gewogen wird. Der Rechtsact der Mancipation

1) Vergl. Mommsens Gesch. des Röm. Münzwesens (1860) S. 169. Hultsch Griech. u. Röm. Metrologie (1862). S. 188. Varro de L. L. V. 95: pecus . . . a quo pecunia universa, quod in pecore pecunia tum consistebat pastoribus. Paul. Diac. ex Fest. v. abgregare (Müll. p. 23).

hat in Anknüpfung hieran die libra und das aes (zunächst 11
aes rude, rodusculum) bis in späte Zeiten fortgetragen [2]). Während wir der Periode, in der die Waare gegen pecus eingetauscht wurde, den Kaufbegriff noch nicht zuschreiben können, so sind seit der Reception des aes als Werthmesser alle wesentlichen Requisite des Kaufs bereits gegeben. Der Verkäufer hat die Waare feil und veräußert sie (venum datio) gegen eine allgemein erstrebte, todte, langaufzubewahrende, zu den verschiedensten Zwecken verwendbare materia von publica ac perpetua aestimatio (vgl. den vor. § Note 17). Im Gegensatz zum pecus war erst damit wahrhaft das Bedürfniß befriedigt, daß es ein Ding gebe, von dem jeder Verkäufer sagen konnte: quod quum tu haberes, ego desiderarem. In wie weit dem Kauf, als dem Nehmen der Sache gegen das abgewogene aes rude, in Betreff gewisser Sachen (der späteren res mancipi) schon in dieser Periode ein bestimmter staatlicher Rechtsschutz gegeben worden, also der Act der Mancipation bereits als wirkliches Rechtsgeschäft im engern Sinne bestanden hat, wissen wir nicht.

3. Auf die Periode des aes rude folgt die des aes signatum. Die Römischen Quellen führen den Beginn derselben auf Servius zurück [3]). Die kleineren Erzstücke bleiben noch ohne Marke, die größeren und namentlich die (gegossenen) Fünfpfundbarren werden gewöhnlich auf beiden Seiten mit einer Marke, meist der des Rindes, versehen. Diese gemarkten Barren sind „öffentliches Fabricat". Der Staat beginnt also das Geldwesen in die Hand zu nehmen, aber das Geld wird noch nicht gezählt sondern gewogen. Jedenfalls in dieser Periode hat denn auch der Staat das Veräußerungsgeschäft des Kaufs,

2) Mommsen S. 170. 171. Varro de L. L. V. 163. Festus v. Rodus (M. 265).

3) Plin. H. N. 18. 3: Servius rex ovium boumque effigie primus aes signavit. Mommsen S. 172. Hultsch S. 189 f.

11 das schon die vorige Periode als Sachnehmen gegen abgewogenes aes gekannt haben muß, unter civilen Rechtsschutz gestellt, indem dem solennen Rechtsact das manu capere der Waare gegen das dare des wägbaren aes vor libripens und 5 testes cives Romani für die res mancipi besondere civile Kraft verliehen wird. Wie weit hier wirkliches Kaufgeschäft und der solenne Act der Mancipation zusammengehen und auseinanderfallen, wird unten genauer untersucht werden. Jedenfalls ist anzunehmen, daß in dieser Periode die wirklichen aes-Zahlungen auch *wirklich gewogen* wurden, indem das aes theils noch ungemarkt umlief, theils das gemarkte aes durch diese Marke vom Staate nicht die Garantie des Gewichts, sondern nur der Reinheit dieses gesetzlich anerkannten Tauschmittels erhielt[4]). Höchst wahrscheinlich hat diese Periode bis zu den 12 Tafeln bestanden[5]), ja bei der Zahlung mit größeren Erzstücken, insbesondere Fünfpfundbarren, wird sich der Gebrauch des Wägens bei Zahlungen noch in die folgende Periode hineingezogen haben.

4. Der Periode des aes signatum schließt sich, spätestens mit den 12 Tafeln, die des im *Libralfuß* gemünzten Geldes (*aes grave*) an. Die Münze des (überwiegend zehn, nicht zwölf Unzen wiegenden) as, mit seinen Theilstücken semis, triens, quadrans, sextans und uncia, wird jetzt gesetzliches Zahlungsmittel. Die Münzen werden (abgesehen von den auch geprägten kleinsten Stücken) gegossen, und mit Stadtwappen und Werthbezeichnung versehen. Von jetzt an beginnt das Zeitalter der nicht mehr zugewogenen, sondern der numerata pecunia. Auch für den Kaufpreis gilt also jetzt der Satz, daß man durch Hingabe der gesetzlich anerkannten Münzstücke seine Schuldverpflichtung tilgt, der Verkäufer kann nicht mehr bei diesen Münzstücken das Wägen verlangen, und sich auf das Min-

4) Mommsen S. 173.

5) S. den Nachweis bei Mommsen S. 175 f. Hultsch S. 191.

dergewicht des Geldstücks berufen. Die wirkliche Zahlung also 11
streift das Wägen ab[6]), der Staat hat nicht bloß die Garantie für die Reinheit, sondern auch für das Gewicht der umlaufenden Münze übernommen, es existirt jetzt eine pecunia signata forma publica populi Romani[7]). So ist denn der Zustand hergestellt, mit dessen Hervorhebung der Jurist Paulus seine Schilderung des Kaufgeschäfts (vgl. den vor. § Note 17) abschließt: eaque materia, forma publica percussa, usum dominiumque non tam ex substantia praebet quam ex quantitate, nec ultra merx utrumque, sed alterum pretium vocatur. Das as des aes grave wird jetzt die Rechnungsmünze für die Römischen Schuldverhältnisse; diese Rechnungseinheit ist dann noch lange, nachdem das Münzsystem des aes grave überwunden war, in Gebrauch geblieben und in der ihm gleichgestellten Rechnungseinheit der späteren Zeit, dem Sesterz, unmerklich untergegangen[8]). Auf die schon in der vorigen Periode juristisch fixirte und von den 12 Tafeln confirmirte (§. 29. Note 5) Mancipation hat in Betreff der Solennität das Münzsystem des aes grave keine weitere Einwirkung gehabt, als daß bei dem solennen aes dare in der Mancipation statt des rohen Kupferstücks auch das gemünzte aes oder der as zugelassen worden ist[9]).

6) Die einleuchtende Beweisführung, gegenüber den Mißverständnissen unserer Quellen, giebt Mommsen S. 194 f.

7) Vgl. die von Mommsen citirten Stellen L. Rubr. c. 21. 22: pecunia signata forma p. p. R. Maecian. §. 78: (nummi argentei) in pecunia forma publica duntaxat nomen accipiunt (anders liest Huschke Jur. Antei. p. 321). — S. auch Mommsen Notarum Laterculi (in Henrici Keilii Grammatici Latini. Vol. 4. fasc. 1. 1862.) p. 276. Nr. 57. (aus Probus) p. 320. Nr. 34. (not. Pap. et Eins.) p. 340. Nr. 52. (Petr. Diac.): „F. P. P. R. forma publica populi Romani“.

8) Mommsen S. 302 ff.

9) Gai. I. 119: aere percutit libram, idque aes dat. II. 104: aere

11 Die Weiterentwicklung des Römischen Münzwesens nach der Periode des Libralfußes kommt für unsere Untersuchungen nicht in Betracht. Es handelte sich hier nur darum, die verschiedenen Stadien kenntlich zu machen, die der Vorrömische und Römische Güterverkehr von der Herrschaft des Tausches bis zu derjenigen Gestalt des Kaufes durchlaufen hat, an die wir in der Mancipation die eigentliche juristische Entwicklung der Römischen Kauflehre sich anknüpfen sehen. Die juristische Gestaltung der Mancipation schließt sich in den quinque testes cives Romani an die fünf Servianischen Volksklassen an, es ist also die Mancipation in der Gestalt, wie sie ein für allemal als fixirtes Rechtsinstitut in der Römischen Geschichte auftritt, aus der Periode des aes signatum abzuleiten. Darin liegt zugleich, daß diese juristische Fixirung des Institutes zu einer Zeit geschah, in welcher der wirthschaftliche Verkehr der Römer von der Periode der reinen Naturalwirthschaft schon durch lange Mittelperioden geschieden war. Also zur Zeit der Entstehung des von uns ins Auge zu fassenden Rechtsinstituts der Mancipation hatte nothwendig der reine Tausch den am Ende des vor. § erwähnten vereinzelten und wirthschaftlich unbedeutenden Verwendungsboden. Es ist demnach nicht denkbar, daß in der Römischen Mancipation irgend welche Anknüpfungspunkte an etwaige frühere Urrechtssätze über den Tausch zu finden sein könnten. Und es ist eben so wenig möglich, daß neben dem in der Mancipation sich eine feste Rechtsform erringenden Kauf, parallel gehend ein zweites selbständiges lediglich für den reinen Tausch berechnetes Rechtsinstitut sich hätte entwickeln können.

12 §. 12. (Der Kauferwerb ein Erwerb ex re.) — Was ist nun aber die „Natur“ des Kaufs? Ich gebrauche hier das Wort „Natur“ nicht in dem allgemeinen Sinn, wie es heut-

---

percutit libram idque aes dat. vgl. mit III. 174: asse percutit libram, eumque dat. Mommsen a. a. O. S. 303.

zutage meistens verwendet wird, indem man es einfach gleich- 12
bedeutend mit „Wesen" nimmt, und darunter das gesammte juristische Wesen mitbegreift. Ich nehme vielmehr „Natur" oder „Physis" in demselben engeren Sinn, in welchem ich in dem dritten Hefte meiner civil. Studien auch für das Eigenthum eine solche darzulegen versucht habe, einem Sinn den die Römer vor Augen haben, wenn sie von naturalis ratio sprechen. Also „Natur" im Sinn der (naturgesetzlichen) Elemente, welche Bestandtheil eines gewissen Rechtsverhältnisses nicht erst in Folge eines bestimmten gesetzlichen oder gewohnheitlichen Rechtswillens, auch nicht in Folge einer spontanen oder hergebrachten Willenseinigung der Betheiligten [des „voluntaren Elements" [1])] werden, sondern die ein unmittelbares Product des ein gewisses Verhältniß mit Nothwendigkeit erzeugenden socialen Organismus sind. Dieses naturale Element ist beim Kauf folgendermaßen zu fassen.

Wenn zwischen Privatpersonen Geschäfte, wie Schenkung, datum sine causa u. s. w. Statt finden, so sind das für den ganzen Lebenskreis des Volkes vereinzelte Fälle. Für sie läßt sich, auf Grundlage des (sei es vollkommenen, sei es umgekehrt mangelhaften) Willens der Betheiligten (des voluntaren Elements) — eine sehr verschiedenartige Gestaltung der, derartige Acte entweder anerkennenden oder beschränkenden, positiven Rechtssatzung denken. Solche Rechtssatzung kann entweder ganz positive civiles rationes, sie kann in der verschiedensten Weise Gründe der aequitas zu ihrer Basis haben, jedenfalls vollzieht sich in dem Gebiete dieser Rechtssatzungen gar nicht der eigentlich wirthschaftliche Verkehr des Volks. Das worauf die Wirth-

1) Ueber die Stellung des voluntaren Elements gegenüber einerseits dem naturalen und andererseits dem der (sittlichen resp. rechtlichen) Satzung, welche das Individuum bindet, vgl. auch meine Schrift: Naturalis ratio und Natur der Sache (1860). S. 12 ff.

12 schaft dieses Volks, theils anderen Völkern gegenüber mit denen es im Güterverkehr steht, theils im Kreise der einzelnen Glieder dieses Volks, beruht, ist der Tausch, und zwar nach Ueberwindung des reinen Tauschverkehrs, seit Entwicklung der Geldwirthschaft das Tauschen von Waare gegen Geld [2]). Wenn nun das positive Recht in Zeiten der Herrschaft der Geldwirthschaft den Kauf mit besonderem juristischen Schutz versieht, so ist die factische Basis des Verhältnisses gar nicht bloß in dem Willen, den die im einzelnen Fall Betheiligten auf das Leisten der Gegenstände gerichtet hätten, enthalten. Allerdings liegt dieser Wille auch vor, aber das Verhältniß ruht nicht lediglich auf dem Gewillkürten (dem voluntaren Element), sondern es vollzieht sich hier ein nach Naturgesetzen des gesellschaftlichen Organismus Nothwendiges, und dem vom positiven Recht anerkannten und geschützten Kaufverhältniß kann, wenn das positive Recht nicht zu absoluten Verkehrtheiten gelangen will, dieses durch die Natur des socialen Organismus ihm Innewohnende nie genommen werden. Ein unmittelbares Product des socialen Organismus, also der naturalis ratio, ist die Arbeitstheilung; und wieder ein unmittelbares Product der Arbeitstheilung ist das Austauschen der Güter gegen den recipirten Werthmesser [3]).

2) Vgl. Plin. H. N. 9. 81: „permutare pretio aliave merce“.

3) Dies verkennt ganz Schrader ad §. 41 J. cit., der es für überhaupt verwunderlich erklärt, daß man jenen Satz der 12 Taf. vom Eigenthumsübergange auf Grundlage der Preiszahlung dem ius gentium zuschreibe. Seine Gründe sind: a) bei keiner anderen traditionis causa komme Aehnliches vor; richtig, aber bei den anderen causae wie Schenkung u. s. w. haben wir Thatsachen vor uns, die außerhalb des großen durch den Kauf bedingten Güterverkehrs der Menschen liegen, und daraus, daß in Schenkung, datio sine causa u. s. w. kein Princip der natur. ratio enthalten ist, folgt noch keineswegs, daß auch im Kauf kein solches vorliege; b) auch bei der Publ. act. fehle das Erforderniß der Preiszahlung; auf diesen Punkt wird später zurückzukommen sein. c) Bei den Griechen komme durchaus nichts

Also Kauf ist das Gegeneinandertauschen von Waare 12
gegen Geld, und zwar ist er dies nicht erst durch rechtliche Satzung (sonst müßte man erst fragen, ob in einem Volke eine derartige Satzung bestände), sondern er ist es naturali ratione. Ist er dies aber, so ruht naturali ratione das Veräußern der Waare auf dem Grunde des Empfangens des Geldes, und das Veräußern des Geldes auf dem Grunde des Empfangens der Waare. Man darf nicht sagen, die „Natur" des Kaufs ruhe lediglich auf dem Willen oder den „Zwecken" der Parteien, und insbesondere darf man den Kauf nicht so erklären, daß der Eine seine Sache nur dann weggeben wolle, wenn er gleichzeitig die andere dafür wiederbekomme. Alsdann würde man den Kauf lediglich aus dem voluntaren Element erklären; man würde damit auch anerkennen müssen, daß, wenn im einzelnen Fall der Betheiligte in der That nicht gleich die Gegenleistung

---

Aehnliches vor. (Schrader hätte auch noch das deutsche Recht der Auflassung hinzufügen können. vgl. §. 7.) Wenn man bei ius gentium bloß auf die statistische Thatsache der Verbreitung eines Rechtssatzes durch die Völker sieht, so lassen sich allerdings Völker genug als Gegenbeweis anführen. Geht man aber, wie doch auch die Institutionenstelle thut, auf die naturalis ratio zurück, (aus der die Römer ihr Römisches ius gentium erst erklären), so erhält die Anführung des Rechtes solcher Völker, welche ihre Institute der Eigenthumsveräußerung als Formalacte von vorn herein von den einzelnen concreten Gestaltungen des socialen Verkehrsorganismus abtrennen, gar keinen Gegenbeweis gegen die diesen Verkehrsorganismus durchziehenden Naturgesetze. d) Es komme auch sonst vor (fr. 7. de reg. iur. 50. 17. earumque rerum naturaliter inter se pugna est), daß die Römer dem ius naturale zuschreiben, was doch rein positiven Rechtens sei. Die Römer brauchen (wie auch wir das Wort „natürlich") öfters das Wort naturaliter in einem sehr weiten Sinne (z. B. fr. 11 §. 1 de act. emt. 19. 1: quae naturaliter insunt huius iudicii potestate), sie können also auch bei ganz positiven Sätzen von „natürlichen Widersprüchen" reden, ohne dabei irgend den Rechtssatz als ius naturale (d. h. auf naturalis ratio ruhendes ius) bezeichnen zu wollen. Von solchem wirklichen ius naturale ist aber hier beim Kauf die Rede.

12 bekommen *will* (also z. B. der Kaufpreis creditirt wird), das Kaufverhältniß seiner Natur nach nun schon erledigt sei[4]). Das Creditiren des Kaufpreises ist etwas rein Voluntares, aus der naturalis ratio folgt für seine Bedeutung gar nichts. Aus der naturalis ratio folgt auch nicht, daß der Kauf immer ein „*gleichzeitiges*“ beiderseitiges Leisten (also Zug um Zug) sein müsse. In ihr liegt nur, daß da der Kauf ein Tauschen der Sache gegen Geld ist, die Sache um des Geldes willen gegeben wird und umgekehrt, daß also, wenn zu verschiedenen Zeiten geleistet wird, die Veräußerung des Einen auf der Voraussetzung des Empfanges der Gegenleistung ruht. Also mit der Physis des Kaufs ist vollständig vereinbar die verschiedenzeitige Leistung, aber die *Veräußerung* ist erst als erfolgt anzusehen, wenn hinterdrein die Gegenleistung stattgefunden hat, und ferner ist es eine unmittelbare Folge der Physis, daß, wenn keiner von Beiden zuerst leisten will, nun allerdings, da jede Leistung ihren Grund in der Gegenleistung hat, der Kauf nothwendig die äußere Gestaltung des Leistens Zug um Zug annehmen muß.

Wenn man diese „Natur“ des Kaufs in kurzem technischen Ausdruck zusammenfassen will, so wird man so sagen können: das Kaufen wie das Verkaufen ist *ein Erwerb nicht ex voluntate* [d. h. die voluntas schließt allerdings das Kaufgeschäft, aber der Kauf findet nicht *lediglich* in der voluntas seine Basis, die voluntas ist nur die Vollzieherin der naturalen Nothwendigkeit], *sondern ex re*. Der Käufer erwirbt ex pretio die Waare, der Verkäufer erwirbt ex merce das Geld.

13 §. 13. (*Juristische Fassung der Natur des Kaufs.*)

4) So faßt es in nicht zu billigender Weise Puchta C. d. Inst. II. §. 241 f.: „Die Begründung aber aus dem allgemeinen Recht liegt darin, daß der *Natur des Kaufs* eine *gleichzeitige* Erreichung ihrer Zwecke von Seiten beider Theile gemäß ist und festgehalten werden muß, *wenn nicht einer derselben darauf verzichtet*.

— Wie verhält sich dieser „Natur" des Kaufs gegenüber die positive Rechtssatzung und der Rechtsschutz? Man muß zunächst im Auge haben, daß die Sache sich schon in sich selbst schützt, indem es immer in der Hand der Handeltreibenden liegt, in der Weise wie ich eben angab, es lediglich zum Kauf Zug um Zug kommen zu lassen. Man giebt, wofern man dem Anderen nicht traut, nicht eher, als man der gleichzeitigen Gegenleistung sicher ist. Es ist ferner auch zu beachten, daß der Kaufhandel der Menschen unter sittlichem Schutze steht, und, so lange menschheitliches Zusammenleben existirt, hat es unendlich viele Kaufgeschäfte gegeben, bei denen das Trauen auf die fides des Anderen, und also der Schutz des die Menschen umschlingenden sittlichen Bandes vollständig ausgereicht hat. So ist es denn auch für die ältere Römische Geschichte sehr wohl denkbar, daß noch gar nicht der ganze Umfang des Kaufverkehrs unter positiver civilrechtlicher Satzung stand, vielmehr das Civilrecht zunächst nur das besonders Hervortretende unter seinen Schutz stellte, und erst nach und nach das ganze factische Gebiet des Kaufens in die Gränzen des Rechts hineingezogen worden ist. 13

Lassen wir indeß die mancherlei hier denkbaren Vermuthungen bei Seite, und beschränken uns auf die Zusammenstellung des Constatirbaren.

Die Natur des Kaufs bietet für die juristische Formirung überhaupt zwei Möglichkeiten dar. a) Der Kauf kann, wie oben bemerkt, nach dem Belieben der Parteien immer die Gestalt: Zug um Zug annehmen. Indem es nahe liegt, daß in roheren Verkehrszuständen diese Form leicht als die überwiegende auftritt, so ist es auch erklärlich, daß primitivere Rechtsgestaltungen sie zum Grunde legen [1]). Es läßt sich darthun, daß dies

1) Nach dem Muhamedanischen Rechte ist dies noch heutzutage der Rechtszustand eines großen Theils der halbcultivirten Welt. Der (volljährige dispositionsfähige) Verkäufer muß a) Eigenthümer und zwar unbeschränkter

13 auch der Standpunkt des älteren Römischen Rechts ist. Wir haben gesehen, auf welche Zeiten in der Entwicklung der Geldwirthschaft die Mancipation zurückzuführen ist (§. 11). In dieser Mancipation greift das positive Recht aus der Masse des Güterverkehrs die res mancipi heraus, und schafft für sie eine civilrechtlich besonders wirksame Rechtsform. Es wird diese Rechtsform unten (§. 30) genauer zergliedert werden und sich dort zeigen, daß sie auf dem Grundgedanken des Kaufes Zug um Zug ruht.

b) Der Kauf kann auch die juristische Gestalt annehmen, daß einem der beiderseitigen Leistung voraufgehenden Vertrage auf diese Leistungen bereits Rechtsschutz zuerkannt wird. Man muß nicht meinen, daß nicht auch ein ganz unentwickeltes Recht sich von vorn herein auf diesen Standpunkt stellen könnte. Jedenfalls aber wird man sagen dürfen, daß wo die primitive Rechtsgestaltung eines Volks zunächst sich der Form: Zug um Zug zugewandt hat, doch allmälig das Verkehrsleben zu der Form des obligatorischen Vertrages hindrängen wird. Daß bei den Römern diese letztere in ihrem ausgebildeten Recht das allgemein herrschende gewesen, ist allbekannt. Ob dagegen in der

---

Eigenthümer der beim Verkauf genau bezeichneten Sache sein; b) es muß die Sache zur Zeit des Vertragsabschlusses (oder — eine kleine Concession an das voluntare Element — zur Zeit des für die Uebergabe bestimmten Termins) wirklich existiren und zur Stelle sein; c) es muß die Uebergabe der verkauften Sache unverzüglich nach Abschluß des Vertrages und nach der Erklärung des iskote chior (d. h. der Bemerkung des Verkäufers, daß er sein Recht auf das Vermögensobject dem Käufer übertrage, also dem ausdrücklich bezeugten animus transferendi dominii) erfolgen; d) es muß der genau bezeichnete und dem wirklichen Werth der Sache entsprechende Preis beim einfachen Kauf (d. h. wenn nicht — wiederum eine Concession an das voluntare Element — ein besonderes Nebenübereinkommen, vorzugsweise Verkauf auf Credit stattgefunden hat) sofort bezahlt werden. Tornauw das Moslemische Recht S. 87—92.

alten Römischen Zeit neben der Mancipation der bloße Kauf- 13
vertrag bereits irgendwelche juristische Bedeutung gehabt habe, erscheint als höchst zweifelhaft. Diese Frage kann so aufgeworfen werden: ob die Römer schon früh das bloße pactum oder die conventio iuris gentium des Kaufes [2]) gekannt haben? Allein obgleich in den 12 Tafeln ein pagere mehrfach erwähnt wird [3]), und obgleich sicherlich schon im alten Rom der Handelsverkehr nach Außen und im Inneren zahlreiche Geschäfte dargeboten hat, die nach dem Eigeninteresse der Parteien und nach Treu und Glauben friedlich und richtig erledigt worden sind [4]), — so ist darauf doch für einen juristisch fixirten Bestand der iuris gentium conventio des Kaufes offenbar noch gar nichts bewiesen. Andererseits wenn man ein formloses Vertragsrecht

2) Fr. 7 pr. §. 1 de pact. 2. 14.

3) „Ni cum eo pacit, talio esto"; „rem ubi pagunt orato"; „ni pagunt in comitio aut in foro ante meridiem causam coniicito".

4) Es sind gewiß schon dem alten Rom nicht fremde Vorstellungen, daß die sich berührenden gentes ein allgemein-menschliches sittliches und auch nach juristischer Verkörperung strebendes Band umschließt (Cic. de off. III. 17. 69: Societas est enim. . . . latissime quidem quae pateat omnium inter omnes; interior eorum, qui eiusdem gentis sint, propior eorum, qui eiusdem civitatis. Itaque maiores aliud ius gentium, aliud ius civile esse voluerunt), und daß der Kauf ganz vorzugsweise eine dem commercium iuris gentium zugehörige Institution sei. fr. 5 de iust. et iur. 1. 1: Ex hoc iure gentium introducta . . . . commercium, emtiones venditiones . . . obligationes institutae. §. 2 J. de iur. nat. 1. 2. Ulp. XIX. 5. Commercium est emendi vendendique invicem ius. Vgl. Festus (p. 173. M.) Nundinas feriarum diem esse voluerunt antiqui, ut rustici convenirent mercandi vendendique causa, eumque nefastum, ne, si liceret cum populo agi, interpellarentur nundinatores. Serv. ad Virg. Georg. I. 275: antiquos nundinas feriatis diebus agere instituisse, quo facilius commercii causa ad urbem rustici commearent. Bei diesem Marktverkehr wird nicht immer geprüft sein, ob das factisch abgeschlossene Geschäft nach positivem Civilrecht auch klagbar sei.

13 des Kaufs für die ältere Zeit nicht glaubt annehmen zu können, so ist doch wiederum daraus nicht der Schluß zu ziehen, daß der Kauf einfach immer in zwei Stipulationen getheilt gewesen sei [5]). Unten wird eine Art der venditiones (ebenso wie der locationes) verbunden mit der Form des praes-Stellens zu erwähnen sein (§. 22). Ferner ließen sich die Kaufverträge und einzelne dabei besonderer Sicherung bedürfende Punkte durch Eid (etwa auch mit hinzugefügter Bestimmung des Nichtschuldigseins für den Fall der Verweigerung eines gewissen erst noch zu leistenden Eides) schützen, wie dies in den von Cato de re rust. mitgetheilten leges venditionis (und locationis) hervortritt [6]). Daß auch bei Plautus der Kauf unter Bestärkung durch arrhabo und Eid vorkommt, ist bekannt [7]).

14 §. 14. (Fortsetzung.) — Mag nun übrigens (was hier nicht weiter zu verfolgen ist) die Entwicklung des obligatorischen Kaufvertrages sich verhalten haben wie sie wolle, so können wir doch jedenfalls in Betreff der juristischen Fassung des Kaufs gegenüber seiner inneren „Natur" auf Grundlage des mitgetheilten §. 41 J. de rer. div. (§. 10) schon für das ältere Recht Folgendes ermitteln.

Der Kauf enthält nach seiner öconomischen Natur, als das durch die Arbeitstheilung hervorgerufene den Güterumlauf bewerkstelligende Geschäft, zwei Principien. Einestheils hat für den Kaufabschluß die Waare, als das individuell gesuchte Ding,

---

5) Jhering Geist des R. R. II. 2. S. 576: „Selbst der Kauf und die Miethe zerfielen, wie ich an anderer Stelle nachzuweisen hoffe, früher in zwei einseitige Geschäfte (Stipulationen) emtio und venditio, locatio und conductio".

6) Cato. de R. R. c. 144—150.

7) Bekker in d. Krit. Zeitschr. I. S. 444. Desselben Diss. de empt. vend. quae Plauti fab. fuisse prob. (1853.) p. 8. 9. Demelius Plaut. Studien in d. Zeitschr. f. RG. II. S. 201.

gegen das nur der Gattung nach wichtige Geld ein factisches Uebergewicht (vgl. §. 5 Note 4). Dieses Princip mit seinen Consequenzen soll hier nicht untersucht werden. Anderntheils stehen in Bezug auf die Vermögenskreise der Parteien, aus denen und in die geleistet werden soll, die Leistungen des Verkäufers und des Käufers durchaus gleichheitlich. Der Kauf ist resp. intendirt [d. h. trete er als durchgeführte Veräußerung (Kauf Zug um Zug), oder zunächst als beiderseitige Zusage der Veräußerung (obligatorischer Kaufvertrag) auf] eine doppelte sich beiderseitig deckende Veräußerung. Der Kauf begründet, wie ich es am Schluß des §. 12 bezeichnete, naturali ratione einen Erwerb ex re. Hierin liegt wiederum Dreierlei. 14

1. Ist schon die beiderseitige Leistung erfolgt, so hat jede der Parteien das Empfangene auf Grundlage (ex causa) des ihrerseits Geleisteten. Hat also der Leistende den Anderen nicht in die Lage gesetzt, das Geleistete zu haben und zu behalten [1]), so hat er auch seinerseits das Empfangene ohne Grund. Die Hauptanwendung dieses naturalen Princips tritt bekanntlich auf der verkäuferischen Seite im Falle der Eviction ein. Wird dem Käufer die Sache abvindicirt, so hat dieser nicht mehr das, um dessentwillen er dem Verkäufer das Geld in Tausch gab. Will also das positive Recht der Natur des Kaufs gerecht werden, so muß es dem Käufer einen Rückleistungsanspruch auf das gezahlte Pretium gewähren; und zwar muß die Klage, da beiderseits in Gemäßheit des Rechtsgeschäfts geleistet wurde, wenn sie präcis gefaßt sein soll, nicht als bloße condictio sine causa bezeichnet, sondern als direct aus dem Kaufgeschäft entspringend hingestellt werden. So ist eine Evictionsklage gleich-

1) Zunächst heißt das soviel: hat der Verkäufer an der geleisteten Eigenthumssache, der Käufer an dem geleisteten Gelde nicht das Eigenthum übertragen. Im R. R. ist dann das dare des Verkäufers zum tradere erweitert worden.

14 mäßig gerechtfertigt, mag das Kaufgeschäft speciell als Geschäft Zug um Zug (wie bei der Mancipation), mag es als obligatorischer Vertrag juristisch construirt sein. Auch Huschke[2]) führt mit Recht diesen Satz auf die „Natur der Sache" zurück, nur daß er die „Natur der Sache" hier in nicht zutreffender Weise im Sinne der „Absicht der Parteien" (des voluntaren Elements) zu verstehen scheint (vgl. auch §. 12 Note 4). Der Satz stützt sich nicht auf das concret vorhandene (und also auch nachzuweisende) subjective Wollen der Contrahenten, sondern auf die objectiv gegebene naturalis ratio des Kaufs. Der Satz findet seinen Grund darin, daß der Kauf ein Erwerb nicht lediglich ex voluntate, sondern ein Erwerb ex re ist[3]).

2. Ist noch von keiner Seite geleistet (re nondum secuta), so muß, wenn das positive Recht die Physis des Kaufs richtig zur Darstellung bringen will, jedem Theile die Befugniß zuerkannt werden, die eigene Leistung bis zum Empfange der Gegenleistung zurückzuhalten. Dieser Punkt kann begreiflich nicht zur Sprache kommen, soweit das positive Recht den Kauf gerade lediglich als Geschäft Zug um Zug construirt (Mancipation), wohl aber wenn er auf Grundlage des Vertrages die Kaufobligation juristisch zuläßt[4]).

3. Der Moment der Leistung selbst enthält naturali ratione *eine Veräußerung auf Grundlage* (ex causa) *der*

2) Nexum S. 172.

3) Ueber das gezahlte Pretium hinausgehende Ansprüche *auf's Interesse* wegen geschehener Eviction gehören schon nicht mehr der naturalis ratio an, und haben ihren Grund in anderweiten (der bona fides und Aequität zuzuweisenden) Elementen.

4) Fr. 13 §. 8 de act. emt. 19. 1: Offerri pretium ab emtore debet, cum ex emto agitur; et ideo et si pretii partem offerat, nondum est ex emto actio; *venditor enim quasi pignus retinere potest* eam rem, quam vendidit. fr. 31 §. 8 de Aedil. ed. 21. 1. fr. 22 de her. vel act. vend. 18. 4.

Gegenleistung. Darin liegt, daß der Uebergang des beim 14
Leistenden vorhandenen Vermögensrechts (insbesondere des Eigenthums) auf beiden Seiten erst mit dem Empfange der Gegenleistung angenommen werden kann[5]).

a. Also an sich würde der Käufer das Eigenthum an seinem Preise erst mit dem Empfange der Waare verlieren. Bekanntlich nimmt aber das Römische Recht dies nicht an[6]). Was mag davon der Grund sein? — Zuvörderst kommt hier in Betracht, daß die Frage überhaupt ein sehr kleines Gebiet hat, indem sie natürlich gar nicht gestellt werden kann, wenn der Verkäufer vor Tradition der Sache das empfangene Geld bereits mit dem seinigen unkennbar vermischt hat. Es könnte also die Verwendung jenes Princips der naturalis ratio nur eintreten, wenn man sich denkt, daß das vor Tradition der Sache gezahlte Geld specialisirt (z. B. in einen Sack versiegelt) aufbewahrt würde. Schon das selten denkbare Vorhandensein dieser factischen Voraussetzung, mithin die practische völlige Unwichtigkeit der Frage kann es bewirkt haben, daß die Anerkennung des natürlichen Princips auf dieser Seite des Kaufs sich nicht findet. Der eigentlich entscheidende Grund aber, der dies herbeigeführt hat, wird erst unten §. 47 Note 1 zur Sprache kommen können.

b. Von großer practischer Bedeutung ist jenes Princip dagegen auf der gegenüberstehenden Seite. Das Eigenthum der verkauften Sache geht durch den Eigenthumsübertragungsact naturali ratione nur über, wenn der Käufer den Preis gezahlt hat. Dieser Satz ist Römischen Rechtens; nach unserer Institutionenstelle (§. 10) findet er sich schon in den 12 Tafeln und ferner bezeugt uns diese Institutionenstelle, daß die Römer sich bewußt waren, dieser Rechtssatz ruhe auf einem naturalen Princip.

5) Meine Civ. Studien III. S. 183.

6) Vgl. auch Thöl Handelsrecht (4. Aufl.) I. §. 68 S. 419.

14 Der Gedankengang der Institutionenstelle ist, genau gefaßt, so: „der Eigenthumsübergang der verkauften und tradirten Sache findet nur auf Grundlage erfolgter Zahlung oder Satisfaction statt. Dies ist in den 12 Tafeln bestimmt, aber mit Recht sagt man, daß dies auch schon auf naturalis ratio ruhendes ius gentium sei". Wörtlich verstanden sagt die Stelle also, daß auch der auf Satisfaction basirte Eigenthumsübergang die naturalis ratio für sich habe. Aber so ganz wortgetreu kann man sie unmöglich nehmen, denn sie sagt nur von der satisfactio nicht von dem fidem sequi, daß es sich auf ius gentium id est ius naturale stütze. Lediglich nach den Worten müßte man also sagen, daß das fidem sequi außerhalb des ius naturale stehe. Es wäre aber doch gar nicht einzusehen, weßhalb, wenn überhaupt das Preiscreditiren auf naturalis ratio ruht (wie Puchta anzunehmen scheint vgl. §. 12 Not. 4), nur die in einer Satisfaction bestehende Preiscreditirung, nicht auch sonstiges fidem sequi aus der naturalis ratio folgen sollte. Zudem wäre der Satz aber (und das ist die Hauptsache) innerlich unrichtig. Auf dem wirklichen reellen Gegeneinandertauschen von Waare und Geld ruht der durch die Arbeitstheilung hervorgerufene Güterumlauf in der Menschheit, und gerade dies Moment, daß jeder Contrahent ex re sua erwirbt, der Käufer für sein Geld die Sache, der Verkäufer für seine Waare das Geld empfängt, giebt dem Kauf seine charakteristisch öconomische Bedeutung, seine den ganzen Weltverkehr in Bewegung setzende Kraft [7]). Streichen wir die reelle Preisleistung, so hört das Geschäft auf, naturgemäßer Kauf zu sein.

---

7) Es versteht sich, daß ich damit keineswegs behaupte, es trete nun auch die für den Preis erworbene Sache, und umgekehrt der für die Sache gelöste Preis bei Käufer und Verkäufer in dieselbe Rechtsstellung, welche das seinerseits Geleistete gehabt hatte, so daß hier an die bekannte Frage von res succedit in locum pretii u. s. w. (fr. 22 de her. pet. 5. 3:

Nun ist es freilich sehr naheliegend, daß es auch den Par- 14
teien müsse freistehen können, die reelle Preisleistung durch besondere Verabredung, also Creditirung, hinauszuschieben. Aber dabei bleibt doch immer unläugbar, daß das ein Abweichen von der natürlichen Gestaltung des ein reelles Tauschen in sich fassenden Kaufs ist. Also der (civile) Rechtssatz, der solches Creditiren in engerem oder weiterem Umfange zuläßt, erklärt damit nur ein gewisses Voluntares für dem Naturalen gleichstehend und gleichwirksam, aber er kann damit doch nie das Preiscreditiren zu naturalis ratio machen. Man kann mit vollem Recht sagen, es ruhe die Zulassung dieses Preiscreditirens auf „natürlicher aequitas“ [8]), aber zu einem naturgesetzlichen Product des menschlichen Verkehrsorganismus läßt es sich damit doch nimmermehr stempeln.

Wir sind daher genöthigt, dem Gedankengange der Institutionenstelle folgenden Sinn beizulegen. „Das Eigenthum der verkauften und tradirten Sache geht über, wenn der Preis geleistet oder eine satisfactio (verschieden noch von dem freieren fidem sequi) erfolgt ist. Dies sagen schon die 12 Tafeln, aber es liegt hier in der That auch ein auf einem naturalen Princip ruhendes ius gentium zum Grunde“. Wenn also speciell den 12 Tafeln Beides, die Zahlung und die ihr gleichgestellte Satisfaction, entnommen wird, so ist es doch mit dem Zusatze über die zum Grunde liegende naturalis ratio immer noch vereinbar,

in locum hereditariae rei venditae pretium eius successisse et quodammodo ipsum hereditarium factum) angeknüpft werden sollte. Vgl. auch Paul. rec. sent. II. 17 §. 15 (14).

8) Das Preiscreditiren kommt bei den verschiedensten Völkern, auch ohne allen geschichtlichen Zusammenhang des einen Volks mit dem anderen, vor. Einzelne Beispiele s. oben §. 10 u. §. 13 Note 1; über das deutsche Recht vgl. Häberlin (§. 6 Note 3 cit.) S. 95. Mit Römischem Kunstausdruck dies bezeichnet, ist also das Preiscreditiren ein weitverbreitetes ius gentium, ohne im eigentlichen Sinn ius naturale zu sein. Vgl. §. 10 Note 3.

14 daß man letztere nur auf die Zahlung, nicht auf die Satisfaction zu beziehen hat. Es sollte nur gesagt werden, der Eigenthumsübergang auf Grundlage des Preiszahlens stütze sich sowohl auf positiv Römische Rechtssatzung als auch auf ein natürliches Princip. Indem jene voraufgestellt und dabei bemerkt wird, was die 12 Tafeln der Zahlung gleichachten, entsteht der Schein, als wenn man diese durch positive Rechtssatzung zugelassene satisfactio auch aus der naturalis ratio habe erklären wollen.

15 §. 15. (Anerkennung des Realprincips im R. R.) — Im Bisherigen ist ganz frei aus der öconomischen „Natur" des Kaufs der Satz abgeleitet worden, daß der Kauf einen Erwerb ex re enthalte. Es erhebt sich die Frage, ob diese Auffassung und auch gerade diese Bezeichnungsart den Römern bekannt gewesen ist? Dieser Beweis läßt sich in der That führen. Freilich unter der Voraussetzung der gewöhnlichen einfachen Gestaltung des Kaufgeschäfts ist dies nicht möglich. Denn nach der Bestimmung der 12 Tafeln ist ja nun einmal von Alters her der Römische Rechtssatz gewesen, daß das Eigenthum der erkauften Sache nicht lediglich naturali ratione ex re der Preiszahlung erworben werde, sondern daß die voluntare Festsetzung einer Satisfaction dem juristisch gleichstehen soll [1]). Hat also

1) Dies Gleichstehen gilt übrigens nur für den Eigenthumserwerb. Bei der Frage, daß der nach erfolgter Preiszahlung die Sache surripirende emtor nicht mit der actio furti belangt werden könne (fr. 14 §. 1 de furt. 47. 2: et Iulianus scribit, si emtor rem, cuius custodiam venditorem praestare oportebat, soluto pretio surripuerit, furti actione non teneri), wird man gewiß an dem Realprincip, daß Satisfaction der reellen Zahlung nicht gleichstehe, immer festgehalten haben. — Das Gleichstehen von Zahlung und Creditirung in Betreff des Eigenthumsüberganges ist auch überhaupt nie ein practisch Vollständiges. Die Zahlung muß nach geschlossenem Kauf der Verkäufer annehmen, also der Käufer kann sich durch reelles Darbringen des Schuldigen liberiren und so denn auch ex re das Eigenthum der Kaufsache erlangen. Dagegen die angebotene (auch die vom positiven Recht speciell zu-

nur eine den bestimmten Rechtssätzen genügende Preiscreditirung 15
stattgefunden, so hat der Käufer mit Vornahme des Uebertragungsactes das Eigenthum bereits ex voluntate, und obgleich freilich die Creditirung schließlich dahin führen wird, daß der Käufer aus seinem Vermögen auch reell das Geld zahlen soll, so ist der Eigenthumsübergang doch schon eingetreten, ohne daß von Seiten des Käufers res secuta war.

Damit überhaupt auch bei stattgehabter Creditirung noch das *naturale Realprincip* im R. R. hervortreten könne, dazu bedarf es eines Falls, in dem *die Creditirung keine Wirkung zu äußern vermag*, und um dies herzustellen, sind freilich complicirtere factische Voraussetzungen nöthig.

Die Preiscreditirung geschieht regelmäßig so, daß der Käufer die spätere Zahlung des Geldes zusagt, sei dies unter Hinzufügung von Bürgen [2]) oder Pfand, sei die Zusage nur ein eigenes persönliches Sichverbindlichmachen. Also die Preiscreditirung enthält regelmäßig den juristischen Weg auf Herbeiführung der späteren Zahlung aus des Käufers, oder eines speciell für ihn Eintretenden Vermögen. Denken wir uns nun aber den Fall so gestaltet, daß auf käuferischer Seite *mehre Personen* stehen, auf welche doch die Preiscreditirung juristisch gar nicht zurückweist, und daß aus dem Vermögen jeder dieser Personen nach erfolgter Creditirung die reelle Zahlung, als eine *vom Käufer* geleistete, möglich ist. Nothwendiger Weise wird als-

gelassene) Satisfaction kann der Verkäufer ganz willkürlich und ohne Gründe ablehnen; hat er sie aber angenommen, so ist das ein selbständiger eben aus diesem voluntaren Zulassungsacte hervorgegangener Vortheil des Käufers (ergo satisfecisse *prodest*). Vgl. unten §. 23 Note 7.

2) Auch bei dem in der Institutionenstelle erwähnten Eintreten eines expromissor im technischen Sinne hat immer der Expromittirende den bestimmten Schuldner im Auge, für den als den eigentlichen debitor er eintritt. Mithin auch die expromissio weist auf den bestimmten emtor zurück, aus dessen Vermögen an sich die Zahlung erfolgen sollte.

15 dann in Folge der Preiscreditirung noch kein Eigenthum übergehen können, denn sie weist uns keinen Bestimmten nach, in dessen Vermögen das Eigenthum fallen müßte. Die 12 Tafel-Bestimmung setzt natürlich, wie einen bestimmten zur Zahlung Verpflichteten, so auch bei der Creditirung einen Bestimmten voraus, auf den als den Käufer das Schlußresultat der Creditirung zurückschlagen soll und an den demgemäß sogleich der Eigenthumsübergang erfolgen kann. Sind auf der käuferischen Seite zwei verschiedene Vermögenskreise, aus denen beiden in gleich zulässiger Weise nach der Creditirung die Zahlung erfolgen kann, so fehlt der 12 Tafel-Vorschrift über den Eigenthumsübergang auf Grund der Creditirung, der Boden der Anwendung. Der Eigenthumsübergang muß also, gerade so gut als wenn gar keine Creditirung erfolgt ist, suspendirt sein bis zur wirklichen res secuta.

Einen solchen Fall behandeln die Fragmente 12 §. 5 und 25 §. 1 de usufr. 7. 1. Es bedarf einiger einleitenden Worte zum Verständniß dieser Stellen. Ein Sklav kann freilich nicht durch in iure cessio [3]), wohl aber durch mancipatio oder traditio seinem Herrn Eigenthum erwerben [4]). Wenn nun der Sklav im dominium des Einen, aber im Usufruct eines Anderen stand, so galt bei den Römern die Regel, daß der vom Sklaven ex re usufructuarii oder ex operis servi gemachte Erwerb dem Usufructuar zufalle, aller übrige Erwerb dagegen dem dominus servi [5]). Wenn ein in solcher Lage befindlicher

3) Gai. II 96.

4) Gai. II. 87: quod servi nostri mancipio accipiunt vel ex traditione nanciscuntur . . . id nobis adquiritur.

5) Gai. II. 91: de his autem servis, in quibus tantum usumfructum habemus, ita placuit, ut, quidquid ex re nostra vel ex operis suis adquirant, id nobis adquiratur; quod vero extra eas causas, id ad dominum proprietatis pertineat.

Sklav eine Sache kauft und der Kaufpreis ihm creditirt wird[6]), 15
so kann die aus dieser Creditirung hervorgehende Verbindlichkeit weder den dominus proprietatis noch den Usufructuar treffen. Die Satisfaction kann daher auch auf sie für den Eigenthumserwerb keine Wirkungen äußern. Wir haben mithin einen Fall, in dem trotz erfolgter Satisfaction der Satz der 12 Tafeln über den auf Grundlage der Satisfaction erfolgenden Eigenthumsübergang nicht zur Anwendung zu kommen vermag. So tritt denn hier die „Natur" des Kaufs wieder ebenso rein, als wenn gar nicht creditirt worden, zu Tage; es zeigt sich, daß der Kauf an sich einen Erwerb ex re in sich faßt. Das Eigenthum der erkauften und empfangenen Sache wird, da die positivrechtliche auf dem voluntaren Element ruhende Bestimmung über die Creditirung nicht zur Geltung kommt, erst durch die reelle Preiszahlung erworben werden können. Indem der Kauf hier rein unter den Gesichtspunkt des Erwerbes ex re fällt, so kommt denn auch der Rechtssatz (Note 5) zur Anwendung, daß ebensogut der Usufructuar wie der dominus proprietatis Eigenthümer der erkauften Sache werden kann, jenachdem der Preis aus dem Vermögen des Einen oder des Anderen gezahlt wird. Nothwendig muß bis zu dieser reellen Preiszahlung die Frage vom Eigenthumserwerbe in pendenti bleiben.

§. 16. (Quellennachweis.) — Nunmehr kann ich 16
mich zu den angeführten Fragmenten 12 §. 5 und 25 §. 1 wenden. Es sind dabei die zwei Fälle zu unterscheiden, ob dem

6) Zu dem bloßen spondere des servus können wir uns, damit die Creditirung eine satisfactio werde, noch hinzukommend denken eine Pfandstellung oder Bürgschaftsleistung. In letzterer Hinsicht war die Zulässigkeit des sponsor und fidepromissor streitig (quaeritur), die des fideiussor gewiß. Gai. III. 119. — Im älteren Recht hat hiernach der in den Fragmenten 12 §. 5 und 25 §. 1 de usufr. besprochene Fall allerdings schwerlich vorkommen können.

16 usufructuarischen Sklaven eine res mancipi oder nec mancipi verkauft worden war.

1. Bei verkauften res nec mancipi überträgt schon die Tradition das Eigenthum, aber sie ist davon bedingt, daß der Kaufpreis gezahlt oder (insbesondere durch Satisfaction) creditirt sei. In unserem Fall des Kaufs durch den usufructuarischen Sklaven kann die Satisfaction nicht wirken. Hier muß daher der Eigenthumsübergang lediglich durch die reelle Zahlung bedingt sein oder m. a. W. aus der Tradition kann trotz erfolgter Satisfaction der Eigenthumsübergang erst ex postfacto, nachdem das Geld gezahlt worden, angenommen werden, und also fragt sich, ob mit dem Gelde des Usufructuars oder des dominus proprietatis gezahlt wird.

Dies beweist das fr. 12 §. 5 cit. Die Stelle spricht an sich von einem anderen Falle, der uns hier nicht weiter interessirt [1]) als darin, daß von (durch einen Dieb abgepflückten) Früchten eines Grundstücks, also von res nec mancipi, die Rede ist. Ulpian will, in Anknüpfung an die Ansichten des Julian und Marcellus, die er zunächst mittheilt, beweisen, daß hier in Folge einer Vorausbegründung das Eigenthum zu einem gewissen späteren Zeitpunkt auf einen Anderen übergeht, also interim (bis dahin) noch unzweifelhaft beim bisherigen Eigenthümer verbleibt, wonach denn auch die condictio furtiva diesem Letzteren zusteht. Ulpian wird dadurch veranlaßt auf zwei Fälle hinzuweisen, in denen nach Julians eigener Ansicht das Eigenthum zwischen dem Usufructuar und dem dominus proprietatis sich

1) Nach dieser Seite hin ist die Stelle gut erörtert von Fitting Begr. d. Rückziehung (1856) S. 24 u. ff. Jener andere Fall enthält, wie der nebenbei erwähnte des bedingten Legates, eine Begründung auf die Zukunft (von Fitting nicht passend „Vorwirkung" genannt), und hiezu im Gegensatz werden mit den Worten cum autem in pendenti est zwei Fälle der „Rückziehung" namhaft gemacht.

noch völlig in pendenti befindet, Fälle in denen es also auch 16
noch zweifelhaft sein muß, wem die condictio zustehe. Von diesen beiden Fällen ist der zweitangeführte der uns hier angehende. Ulpian sagt:

> Cum autem in pendenti est dominium, ut ipse Julianus ait [d. h. wofern aber das Eigenthum noch zweifelhaft ist, nämlich in folgenden von Julian selbst angeführten Fällen]: a) in fetu qui submittitur[2]), b) et in eo quod servus fructuarius per traditionem accepit, nondum quidem pretio soluto sed tamen ab eo satisfacto, dicendum est, condictionem pendere, magisque (Hal: pendere magis, quam) in pendenti esse dominium.

Schon die Zusammenhaltung mit der in Note 2 citirten Stelle beweist mit Sicherheit den Gedankengang Ulpians. Er will für den Fall b ein pendere des dominium und, damit im Zusammenhang stehend, ein pendere der condictio hervorheben unter Berufung auf den gleichartigen Fall a. Julian hatte selbst im lib. 35 Dig. das pendere des dominium ausdrücklich anerkannt. Daraus folgt, daß die Haloandrische Lesart magis quam nicht richtig sein kann[3]).

In dem Falle b, sagt nun also Julian und mit ihm übereinstimmend Ulpian: was der servus fructuarius per traditio-

2) Von diesem Falle spricht genauer fr. 70 §. 1 de usufr. (Ulpian.): Interim tamen, quamdiu summittantur et suppleantur capita, quae demortua sunt, cuius sit fetus? quaeritur. Et Julianus libro trigesimo quinto Dig. scribit: pendere eorum dominium, ut, si summittantur, sint proprietarii, si non summittantur, fructuarii. Quae sententia vera est.

3) Die Florentina, welche in Betreff dieser Stelle mein Freund und College Danz für mich an Ort und Stelle verglichen hat, enthält vollkommen deutlich die Worte: magisque in pendenti esse dominium, hat aber vorher: „condictionem pende^r^nte". Offenbar war hier wegen des vorhergehenden und nachfolgenden pendenti ein Schreibfehler gemacht, und das übergeschriebene r ist für das nt eine richtige Correctur.

16 nem empfängt ohne den Preis zu zahlen, das sei in Betreff der Eigenthumsfrage, trotz der erfolgten Satisfaction, noch in pendenti. Wir fragen: bis wann? Es kann kein Zweifel sein, daß zu antworten ist: bis zur reellen Preisleistung. Und ausdrücklich bestätigt wird diese Antwort durch folgende Stelle:

> fr. 43 §. 10 de Aedil. ed. 21. 1 (Paul.): Interdum, etiamsi pura sit venditio, propter iuris conditionem in suspenso est [4]), veluti si servus, in quo alterius ususfructus, alterius proprietas est, aliquid emerit; nam dum incertum est, ex cuius re pretium solvat, pendet cui sit acquisitum, et ideo neutri eorum redhibitoria competit.

Paulus, wenn er auch vorher von einem gekauften Sklaven geredet hat, spricht hier doch allgemein von jeder gekauften Sache (aliquid), also auch von res nec mancipi. Daß Ulpian im fr. 12 §. 5 cit. ebenfalls an die letzteren denkt, liegt am Nächsten, da er auf die Herbeiziehung der Fälle a und b geführt wird durch Besprechung einer Frage, die von res nec mancipi handelt, und da er in dem Falle b die Eigenthumsübertragung in Folge der Tradition im Auge hat. Ohne besondere Gründe aber wäre es gewaltsam, anzunehmen, daß die Tradition hier erst durch die Compilatoren anstatt der Mancipation interpolirt worden sei.

Durch diese beiden Stellen wird also in Betreff der res nec mancipi bewiesen, daß die Eigenthumsübertragung (Tradition) auf Grundlage des Kaufs noch an der conditio iuris

4) Hier ist nicht etwa hinzuzudenken: venditio, sondern: actio redhibitoria. Nicht der Kauf selbst ist von einer iuris conditio abhängig, sondern die durch den Kauf begründete Eigenthumsübertragung: „dominium in pendenti est“ — „pendet cui sit acquisitum“. Es ist aus dem Zusammenhang mit dem vorhergehenden §, an den sich der §. 10 unmittelbar anschließt, zu suppliren: „es ist in suspenso, daß mit der redhibitoria geklagt werden könne“.

der Preiszahlung hängt, und daß im vorliegenden Falle durch 16
festgestellte Satisfaction daran nichts geändert wird. Ebendeßhalb weil letztere hier nichts zu alteriren vermag, wird sie in der Paulinischen Stelle gar nicht erwähnt[5]), welche statt dessen aber hervorhebt, daß es sich für den Eigenthumserwerb weiter darum handle, ob ex re des Eigenthümers oder Usufructuars das pretium gezahlt werde.

§. 17. (Fortsetzung.) — 2. Bei verkauften res man- 17
cipi. Schon die allgemeinen Worte des Paulus in der letztcitirten Stelle: aliquid emerit führen darauf, daß hier ein

5) Dies faßt Fitting a. a. O. S. 30 nicht richtig. Er fragt: „Warum heißt es im zweiten Beispiele: nondum quidem pretio soluto, sed tamen ab eo satisfacto"? (fr. 12 §. 5 cit.) —, und antwortet: „weil außerdem beim Kauf durch die geschehene Uebergabe das Eigenthum noch nicht an den Käufer kommt, folglich auch von einer Ungewißheit darüber, wem dies Eigenthum erworben sei, keine Rede sein kann". — Wenn eine bloße Besitztradition stattgefunden hätte, so könnte freilich keine Ungewißheit über das Eigenthum sein; hievon ist aber auch in diesen Stellen nicht die Rede, sie sprechen vielmehr von einer Eigenthumstradition, d. h. Sachübergabe mit animus transferendi und accipiendi dominii, denn sie nehmen an, daß durch diese Tradition lediglich nach Eintritt der conditio iuris das Eigenthum mit Rückziehung in der That übergegangen ist. Eine solche mit animus transfer. und accip. dom. verbundene Tradition kann nun geschehen unter gleichzeitiger Satisfaction wegen des Kaufpreises; dann ist in dem Fall des fr. 12 §. 5 das Eigenthum dennoch bis zur Zahlung des Preises in pendenti. Sie kann auch ohne alle Zahlung oder Creditirung des Preises stattfinden; dann ist die aus der causa des Kaufs erfolgte Tradition noch um so viel mehr von der Zahlung des Kaufpreises abhängig. Und eben weil die Satisfaction keine nothwendige Voraussetzung für unsere Frage ist, wird sie im fr. 43 §. 10 cit. ganz bei Seite gelassen. — Die Fitting'sche Auffassung scheint aus der jetzt herrschenden Ansicht hervorgegangen zu sein, daß der Eigenthumsübertragungswille in Betreff der Kaufsache auch immer als Creditirungswille in Betreff des Preises aufzufassen, also beim Mangel der Creditirung auch gleich der Mangel des an. tr. e. a. d. anzunehmen sei. Diese Ansicht wird unten genauer geprüft werden.

17 Satz in Frage sei, der gleichmäßig für nec mancipi wie mancipi res zur Anwendung komme. Ueberdies finden wir ihn aber in Betreff der res mancipi (verkaufter Sklaven) in zwei Stellen ausdrücklich bestätigt. Bei diesen Stellen wird es nun freilich nicht umgangen werden können, das anzunehmen, was nach dem eben Bemerkten beim fr. 12 §. 5 de usufr. durch Nichts motivirt sein würde. Die Stellen reden nämlich bestimmt von einem verkauften servus; ferner wird in ihnen ganz speciell die *Eigenthumsfrage* in ihrer Abhängigkeit von der Preiszahlung behandelt, also offenbar angenommen, daß abgesehen vom Punkt der Preiszahlung alle Erfordernisse des Eigenthumserwerbes vorliegen. Danach ist als zweifellos anzunehmen, daß die Juristen hier von einer *mancipatio* des verkauften servus geredet haben, was dann erst die Compilatoren in traditio umänderten.

Die eine Stelle, fr. 43 §. 2 de acq. rer. dom. 41. 1, ist von Gaius:

> Cum servus, in quo alterius ususfructus est, hominem (also eine res mancipi) emerit, et ei *traditus* (muß bei Gaius geheißen haben: mancipatus) sit, *antequam pretium solvat* in pendenti est, cui *proprietatem* acquisierit. Et cum ex peculio, quod ad fructuarium pertinet, solverit, intelligitur fructuarii homo fuisse; cum vero ex eo peculio, quod proprietarium sequitur, solverit, *proprietarii ex postfacto fuisse videtur.*

Gaius erwähnt (wie Paulus im fr. 43 §. 10 cit.) den Abschluß einer Satisfaction gar nicht, weil, auch wenn ein solcher vor der Mancipation statt gehabt hatte[1]), dies auf die Eigenthumsfrage,

1) Was aus anderen Gründen wohl anzunehmen ist, von denen weiter unten (§. 31) die Rede sein wird. Jedenfalls, mag eine Satisfaction stattgefunden haben oder nicht, so ist die Mancipation ein Act, in dem für die Parteien der animus transferendi und accipiendi dominii liegt (so wie nach

die er hier vor Augen hat, doch ohne Einfluß ist. Es muß 17
nämlich doch die reelle Zahlung abgewartet werden, und erst wenn diese erfolgt ist, so wird der Eigenthumsübergang auf den Mancipationsact retrotrahirt.

Die genauere Begründung hievon finden wir in dem schon erwähnten fr. 25 §. 1 de usufr. von Ulpian, einer Stelle, in der auch ausdrücklich (was Gaius' Worte zweifelhaft lassen) vorausgesetzt wird, daß zunächst bei dem Veräußerungsgeschäft (der Mancipation) eine Satisfaction stattgefunden hatte. Ulpian sagt:

> Interdum tamen in pendenti est, cui acquirat iste fructuarius servus. Utputa si servum emit, et per traditionem (muß bei Ulpian gelautet haben: mancipationem) accepit, necdum pretium numeravit sed tantummodo pro eo fecit satis, interim cuius sit? quaeritur. Et Julianus lib. 35 Dig. scripsit: in pendenti esse dominium eius, et numerationem pretii declaraturam, cuius sit. Nam si ex re fructuarii, retro fructuarii fuisse. Idemque est, et si forte stipulatus sit servus numeraturus pecuniam; nam numeratio declarabit, cui sit acquisita stipulatio.

d. h. Jenen Satz in Betreff des Kaufs kann man aus folgender Vergleichung der Stipulation erweisen. An sich erwirbt der dominus proprietatis das Recht aus der Stipulation des Sklaven[2]). Wenn aber der Sklav, der dem promissor Geld zahlen will, stipulirt, also wenn er sich in Betreff eines hinzugeben-

---

§. 16 Note 5 gleichartig auch die Eigenthumstradition). Freilich ist seine Wirkung noch von der Preiszahlung abhängig, erfolgt diese aber hinterdrein, so liegen doch im Uebrigen alle Eigenthum-übertragenden Momente schon im Acte der Mancipation, und also wird nun auch das Eigenthum mit Retroactionskraft (ex post facto) als seit der Mancipation übergegangen betrachtet.

2) Gai. II. 87: servi nostri . . . sive quid stipulentur . . . id nobis acquiritur.

17 den Darlehns gleich in Voraus die Rückzahlung stipulirt, so kommt es erst auf die reelle numeratio des Darlehns, sei es ex re fructuarii sei es domini, an[3]).

> Ergo ostendimus, in pendenti esse dominium, donec pretium numeretur. Quid ergo, si amisso usufructu tunc pretium numeretur? Julianus quidem ... scripsit: adhuc interesse, unde sit pretium numeratum; Marcellus vero et Martianus amisso usufructu iam putant dominium acquisitum proprietatis domino. Sed Juliani sententia humanior est[4]).

Diese Stelle ist mißverständlich aufgefaßt worden von Schrader (ad §. 41 J. cit.). Ulpian spricht sich (ostendimus) in Betreff des Suspendirtseins des Eigenthums ganz entschieden im Einverständniß mit dem vorher angeführten Julian aus. Es kann daher die Stelle nicht mit Schrader dafür angeführt werden, daß Julian den Eigenthumsübergang im Fall der Satisfaction noch nicht kenne (indem stets im Fall der Satisfaction der Eigenthumsübergang bis zur Zahlung suspendirt sei), und erst Ulpian die Julian'sche Ansicht so interpretire, daß sie dem §. 41 J. nicht widerspreche. Schrader zieht hieraus den Schluß, daß nach altem Recht wohl nur die Zahlung zugelassen worden sei, und erst die neuere Interpretation der Juristen die Satisfaction daneben gestellt habe. Dem steht außer den bisher angeführten Gründen noch Folgendes entgegen. Ein der Zahlung gleichgestelltes satisdare oder satisfacere kennen schon die leges ven-

3) Vgl. auch fr. 18 in fin. de stip. servor. 45. 3. fr. 30 de reb. cred. 12. 1.

4) Der Jurist geht dann weiter auf den Fall ein, wenn der Kaufpreis aus beiden Vermögen bezahlt wird. Dies ist für die uns hier beschäftigenden Untersuchungen ohne Einfluß. Ueber ein durch diesen Schluß der Stelle hervorgerufenes Bedenken vgl. Dernburg Arch. f. civ. Pr. XL. S. 18 ff.

ditionis bei Cato de re rust.[5]). Nun aber läßt sich aus Varro 17
de re rust. II. 1.[6]) nachweisen, daß eine statt der Preiszahlung verabredete Creditirung auch gerade schon in Betreff des Eigenthumsüberganges der verkauften Sache wirksam war[7]). Es kann also nicht Julian noch der Ansicht gewesen sein, daß allgemein bei erfolgter Creditirung der Eigenthumsübergang bis zur Zahlung suspendirt, d. h. die Creditirung in Betreff des Eigenthumsüberganges unwirksam gewesen sei. Vielmehr muß der Grund dessen, daß in fr. 25 §. 1 cit. die Satisfaction keinen Eigenthumserwerb bewirkt, worüber Julian und Ulpian ganz übereinstimmen, in der Besonderheit des Falles liegen, von dem die Stelle handelt. Und daß dies denn auch in der That sich aus dem Falle selbst ergiebt, ist im §. 15 dargethan worden.

Unser fr. 25 §. 1 cit., verbunden mit den drei anderen besprochenen Parallelstellen, beweist nun also mit Sicherheit Folgendes:

1. Es läßt sich denken, daß trotz erfolgter Satisfaction der Satz der 12 Tafeln über den daran geknüpften Eigenthumsübergang nicht zur Anwendung kommt.

---

5) C. 146: recte haec dari fierique satisque dari domino ... donicum solutum erit aut ita satisdatum erit, quae in fundo illata erunt, pigneri sunto. c. 149 (diese Stelle führt auch Schrader an): donicum pecuniam satisfecerit aut delegarit, pecus et familia quae illic erit pigneri sunto. c. 150: donec domino satisfecerit aut solverit pigneri esto.

6) „stipulatio aut solutio nummorum ad mutationem domini cet." Vgl. unten §. 26 Note 12.

7) Auch schon bei Plautus kommt das Creditiren des Kaufpreises mehrfach vor: Asin. II. 4. 30: „fecisse satis opinor, nam vidi huc ipsum adducere trapezitam." Pseud. I. 3. 67 ff. Pers. III. 3. 11. 27. V. 2. 8. (Demelius in d. Zeitschr. f. R. G. S. 235 Not. 163); ohne daß sich übrigens aus diesen Stellen über die Frage vom Eigenthumsübergange etwas Bestimmtes entnehmen ließe.

17 2. Wenn ein solcher Fall vorliegt, so tritt ebenso, als wie wenn gar keine Satisfaction stattgefunden hätte (die deßhalb in zweien jener vier Stellen gar nicht erwähnt wird), das Princip rein zu Tage, daß der Erwerb des Käufers ein *Erwerb ex re* ist.

3. Danach entscheidet sich in dem Fall des Kaufs durch den Usufructuar-Sklaven erst aus der Zahlung mit dem Gelde entweder des Usufructuars oder des dominus proprietatis, wer Eigenthümer der gekauften Sache wird.

4. Nach erfolgter Zahlung („ex postfacto" — „retro") wird der Eigenthumsübergang auf den Moment des Sachveräußerungsactes — bei res mancipi der Mancipation, bei res nec mancipi der Eigenthumstradition, — *retrotrahirt*. In Betreff dieser Retrotraction ändert sich auch richtiger Weise (was aber bei den Römern bestritten war) dadurch nichts, daß etwa der Usufructuar nach dem Sachveräußerungsacte, aber vor der mit seinem Gelde gemachten Zahlung wegfällt.

18 §. 18. (*Resultate.*) — Ich stehe am Schluß der durch §. 41 J. cit. veranlaßten Untersuchung über die Physis des Kaufs. Auf Grundlage dieser Physis, als der naturalis ratio, wird der Rechtssatz für *ius* naturale und ius gentium erklärt, daß der Eigenthumsübergang nicht lediglich in Folge des Sachveräußerungsactes stattfindet, sondern noch weitere Voraussetzungen in Betreff der Preiszahlung hat. Ich fasse, unter Hinzufügung einiger fernerer Bemerkungen, die Ergebnisse der Untersuchung noch einmal zusammen.

1. Kauf ist eine öconomische Weltinstitution; sein Bestand in dem menschlichen Zusammenleben ist unmittelbar gegeben durch die sich entwickelnde Arbeitstheilung. Wo sich überhaupt Geldwirthschaft gebildet hat, absorbirt der Kauf die frühere überwiegende Bedeutung des reinen Tausches, und bildet die herrschende Grundform des menschlichen Güterumsatzes. Die juri-

stische Construction, die je nach der Eigenthümlichkeit der ver- 18
schiedenen Völker ihr positives Recht dem Kauf giebt, kann die Gestalt des Actes Zug um Zug oder des obligatorischen Kaufvertrages mit den sich daran als Zahlung anknüpfenden Leistungsacten sein.

2. In der naturalis ratio des Kaufs liegt das Princip der *gegenseitigen Causalität der reellen Leistungen*. Die Consequenzen dieses Princips können *nach*, *vor*, und *im Momente* der Leistung hervortreten. Diese Consequenzen werden in Folge der Kraft, die nun einmal in der Natur der öconomischen Verhältnisse liegt, nicht verfehlen, auch im positiven Rechte der Völker sich mehr oder minder zur Geltung zu bringen. Die für den Moment der Leistung bestehende Consequenz ist auf der verkäuferischen Seite unwichtiger und bei den Römern nicht positiven Rechtens geworden. Dagegen auf Seiten des Käufers enthält sie den practisch sehr bedeutenden Satz, daß der Käufer (mag der Kauf juristisch Zug um Zug construirt sein, mag er als klagbarer Vertrag mit nachfolgendem Leistungsact dastehen) mittelst des Sachveräußerungsactes nur Eigenthümer wird, sobald er seinerseits den Preis gezahlt hat.

3. Die Römer bezeichnen diese Consequenz des natürlichen Princips mit dem Ausdruck, daß der Käufer das Eigenthum der gekauften Sache allerdings *durch* den Uebertragungsact, aber *ex re* (des Preises) erwirbt. Im Römischen Recht findet sich diese Consequenz schon in den 12 Tafeln anerkannt. Dagegen der Satz der 12 Tafeln, daß an die Stelle der Preiszahlung mit gleicher Wirkung eine (verschieden gestaltet denkbare) Preiscreditirung treten kann, — ein Satz, der überdies gar nicht in allen Fällen einer dem Gesetz im Uebrigen entsprechenden Creditirung anwendbar ist, — ruht nicht auf naturalis ratio. Er ist das Ergebniß einer dem voluntaren Element Rechnung tragenden naturalis aequitas [1]).

1) Ueber den Unterschied von naturalis ratio und naturalis aequitas

18 Sind diese Sätze richtig, so wird man nicht für ganz zutreffend erklären können, was Böcking[2]) von dem Eigenthumsübergange auf Grundlage der Zahlung oder Creditirung sagt; daß nämlich „diese vermeintliche Singularität, die sogar als abnorme Strenge verschrieen worden ist[3]), eine sehr einfache juristische Consequenz ist“. Will man über die bloße Erklärung aus dem Rechtswillen (der Vorschrift der 12 Tafeln) hinausgehen, und (wie es Böcking hier doch zu beabsichtigen scheint) eine wirkliche Consequenz aus dem Wesen des Verhältnisses hinstellen, so muß man sie auch, statt des vieldeutigen Ausdrucks „juristische“ Consequenz, direct als „natürliche“ Consequenz bezeichnen, muß aber dann die Preiszahlung von der Creditirung scheiden.

Die „Richtigkeit“ jener Sätze aber, von was als letztem Grunde hängt sie — das muß hier zum Schluß noch gefragt werden — überhaupt ab? Nicht von einem oder zwei uns zufällig erhaltenen Aussprüchen der Römischen Quellen. Es handelt sich um Dinge, deren Gründe in den den socialen Organismus der Menschheit durchziehenden Naturgesetzen liegen. Die positive Satzung, der Rechtswille, ist hier nicht die Gränze unserer Forschung, er selbst hat in den menschlichen Lebensverhältnissen wieder Naturgesetze zu seinem Grunde, denen er nicht blind zu folgen braucht, die aber doch immer auf ihn einwirken. Erst wenn wir genau auseinander gelegt haben, was das Naturgesetz ist und wie der Rechtswille es adoptirt oder sich von ihm entfernt, hat die wissenschaftliche Forschung ihr Ziel erreicht. Darin aber liegt, daß wir hier Principien von objectiver dog-

---

vgl. meine Civ. Studien I. S. 96. III. S. 189. — Ganz verwirrend in dieser Hinsicht wieder die neuere Schrift von Harum Entstehung des Rechts. (Insbruck 1863) S. 20. 31. 33.

2) Pand. §. 153 Note 40.

3) Vgl. Pagenstecher Eigenthum II. S. 223 Note 1.

matischer Wahrheit suchen und finden können. Haben wir diese 18
Wahrheit erkannt, so kann uns dabei weder bedenklich machen, wenn wir (wie im vorliegenden Fall) diese Wahrheit nur in einer einzigen Institutionenstelle direct ausgesprochen finden, noch könnte es uns irre machen, wenn wir in unseren Römischen Quellen auch einmal einem Verkennen dieser Wahrheit begegnen sollten.

Viertes Capitel.

Die satisfactio und fides habita in Betreff des Kaufpreises.

19 §. 19. (Expromissoren- und Pfandstellung in den 12 Tafeln?) — Der §. 41 J. cit. (§. 10) wird noch weiterhin der Ausgangspunkt sein müssen, an den die Untersuchung nach verschiedenen Seiten hin anzuknüpfen hat. Ich wende mich zunächst zu der Frage: was unter der von den 12 Tafeln der Preiszahlung gleichgestellten Preiscreditirung zu verstehen ist?

Offenbar trennt Justinian in jener Stelle genau die Satisfaction von dem am Schluß erwähnten fidem sequi. Daß in der That nur die satisfactio der solutio vollständig [1]) juristisch gleichgestellt worden war, das fidem sequi aber eine wesentlich andere Bedeutung hatte, darauf führen auch andere Stellen. In fr. 11 §. 2 de act. emt. 19. 1 (Ulp. ad Ed.) heißt es:

> Et in primis ipsam rem praestare venditorem oportet, id est tradere. Quae res, si quidem dominus fuit venditor, facit et emtorem dominum, si non fuit, tantum evictionis nomine venditorem obligat; si modo pre-

1) Dieses „Vollständig" gebrauche ich hier der Kürze halber. Es ist immer nur im Sinn des §. 15 Note 1 genommen.

tium est numeratum aut eo nomine satisfa- 19
ctum[2]).

Der Jurist erwähnt hier lediglich die satisfactio neben der solutio[3]). In einer anderen Stelle wird freilich auch des fidem sequi gegenüber der solutio und satisfactio gedacht, aber in einer dasselbe von den letzteren beiden genau trennenden Weise.

fr. 19 de contr. emt. 18. 1. (Pomp. ad Q. Muc.): Quod vendidi [et tradidi (Vulg.)], non aliter fit accipientis, quam si aut pretium nobis solutum sit, aut satis eo nomine factum, vel etiam fidem habuerimus emtori sine ulla satisfactione.

Das vel etiam deutet auf eine weitere Ausdehnung des ursprünglich nur für solutio und satisfactio bestehenden Satzes, und das stimmt ganz mit Justinians Erzählung im §. 41 J. cit., der nur die letzteren beiden auf die 12 Tafeln zurückführt, das fidem sequi aber den 12 Tafeln offenbar nicht zuweist.

Was haben nun die 12 Tafeln unter der der solutio gleichgestellten satisfactio verstanden? Man könnte meinen, daß Justinian die erklärenden Beispiele: veluti expromissore aut pignore dato ebenfalls dem Rechte der 12 Tafeln entnommen habe, daß also — sei es nach ausdrücklicher Bestimmung der 12 Tafeln, sei es doch wenigstens nach dem zu ihrer Zeit geltenden Rechte, — eine genügende satisfactio schon damals durch expromissio oder pignoris datio habe erfolgen

2) Diese Endworte si modo u. s. w. gehen offenbar auf beide Seiten der vorstehenden Alternative: si fuit und si non fuit, so daß es nicht gut ist, ein Semicolon hinter dominum und ein Komma hinter obligat zu setzen. Vgl. in Betreff des Falles si non fuit noch fr. 68 de evict. 21. 2.

3) Ebenso wird nur die satisfactio hervorgehoben in den oben §. 16. 17. erläuterten Stellen fr. 12 §. 5 und fr. 25 §. 1 de usufr. Vgl. auch §. 17 Note 5 und 7. — Zweifelhaft ist der Ausdruck in fr. 68 de evict.: quamvis pretium emtor non solverit sed venditori caverit.

19 können. Aber namentlich in Betreff der pignoris datio ist dies schon von vorn herein unwahrscheinlich [4]), und wir haben außerdem eine bestimmte Quellennachricht, wonach das dare des expromissor oder des pignus wiederum als eine weitere Ausdehnung des zunächst bestehenden Rechtssatzes bezeichnet wird.

fr. 53 eod. (Gaius ad ed. prov.): Ut res emtoris fiat, nihil interest, utrum solutum sit pretium an eo nomine fideiussor datus sit. Quod autem de fideiussore diximus, plenius acceptum est, [ut, (add. Hal.)] qualibet ratione si [„si“ om. Hal.] venditori de pretio satisfactum est, veluti expromissore [5]) aut pignore dato, perinde sit ac si pretium solutum esset.

Gaius unterscheidet deutlich das nihil interest d. h. das völlige juristische Gleichstehen von dem perinde est ac si pretium solutum esset d. h. von der erweiternden (plenius acceptum est) an die ursprüngliche Satzung angelehnten Interpretation [6]). Also wir müssen sagen, wenn die 12 Tafeln solutio und satisfactio anerkennen, so ist von den 12 Tafeln unter der satisfactio noch nicht die Expromissoren- und Pfand-Stellung verstanden worden, diese ruht vielmehr erst auf späterer ausdehnender Interpretation. Ist denn aber überhaupt — diese Frage ist jetzt selbständig ins Auge zu fassen — die satisfactio als schon von den 12 Tafeln anerkannt anzunehmen? Oder ist nicht vielleicht gar

4) Vgl. Dernburg Pfandrecht I. (1860) S. 47 Note 6.

5) Das Wort expromissore ist hier, da vorher der Bürge besonders erwähnt wird, sicher im technischen Sinn genommen. Danach wird man auch im §. 41 J. cit. es ebenso zu interpretiren haben (§. 15 Note 2), während sonst letztere Stelle sich auch wohl in einem weiteren Sinn des Worts expromissor, als den Bürgen mitumfassend, verstehen ließe. Zweifelhaft sind des Theophilus Worte zum §. 41: ὅτι ἔδωκε Τίτιόν τινα ὑπὲρ αὐτοῦ ὁμολογήσαντα δώσειν τὸ τίμημα (ubi Titium quendam pro se dedit spondentem se pretium soluturum).

6) Insoweit ist auch Schrader ad §. 41 J. cit. einverstanden.

der ganzen Institutionennachricht über die Abhängigmachung 19
des Eigenthumsüberganges von Zahlung oder Satisfaction gegründeter Zweifel entgegenzusetzen?

Zunächst liegt allerdings schon in dem eben angeführten fr. 53 der Beweis, daß die Institutionen nicht einfach wörtlich das, was sie angeben, den 12 Tafeln entnommen haben können. Den Zusatz: expromissore aut pignore dato dürfen wir keinesfalls in die 12 Tafeln verlegen. Auch die specielle Hervorhebung des fideiussor läßt sich schon deßhalb den 12 Tafeln nicht unterschieben, weil dann doch gewiß auch die Institutionen ihn nicht ausgelassen hätten. Die Institutionen theilen ja nur den Rechtssatz mit, daß das Eigenthum übergehen soll, wenn solutio oder satisfactio erfolgt ist. Die Beispiele „veluti expromissore aut pignore dato“ sind ihr eigener erläuternder Zusatz. Auf jenes technische Wort satisfactio zielt auch Gaius im fr. 53 cit. Er sagt: „völlig gleich steht der Zahlung die Stellung eines fideiussor; aber wir müssen überhaupt den Begriff der satisfactio in einem weiteren Sinne nehmen, indem darunter auch expromissio und Pfandstellung mit aufgenommen worden ist“. Also des Gaius Worte weisen gerade nicht darauf hin, daß in den 12 Tafeln der fideiussor direct erwähnt worden sei, sondern umgekehrt deuten sie auf den theoretischen Begriff satisfactio, worunter zunächst der fideiussor zu verstehen sei, worunter man dann aber auch später durch ausdehnende Interpretation expromissio und Pfandstellung mit aufgenommen habe. Restitutionsversuche also des 12 Tafel-Textes, wie: ne res vendita, quamvis tradita, mutet dominum nisi aes datum, satisve eo nomine factum sit, fideiussore vel pignore dato [7]), entbehren des Haltes.

§. 20. (Die Satisfaction in den 12 Tafeln.) — 20

7) Von Rittershusius. Vgl. Dirksen 12 Taf. S. 502.

20 Wenn nun übrigens in den Institutionenworten Etwas von den 12 Tafeln ausgeschlossen wird, muß dann nicht etwa weitergehend gesagt werden, daß die Nachricht der Institutionen überhaupt bedenklich und kaum glaublich erscheine? Ist aber überhaupt die Glaubwürdigkeit der Mittheilung in Frage gestellt, so wird es nicht rathsam sein, auf dieselbe andere weitergehende Schlußfolgerungen zu bauen. — In der That ist bei neueren Schriftstellern eine Neigung, der Zurückführung unseres Rechtssatzes auf die 12 Tafeln einen gewissen Unglauben entgegenzusetzen, nicht zu verkennen. Man vergleiche z. B. die oben §. 10 Note 2 mitgetheilten Worte Hugos [1]). Auch Schrader, dem, wie ich bereits angab (§. 12 Note 3), der Rechtssatz überhaupt als rein positive Willkürlichkeit erscheint, hebt hervor, daß (außer Institutionen und Theophilus) unter so vielen den Rechtssatz mittheilenden Stellen von keiner einzigen die 12 Tafeln erwähnt würden. Wenn andererseits dagegen von Dirksen (12 Taf. S. 497) hervorgehoben wird, daß Gaius wohl in den Lücken II. 20 u. III. 141. etwas den Institutionen Justinians Entsprechendes gesagt haben werde, so mag man auch das für bedenklich ansehen. Aber es bleibt doch dabei, daß in den Institutionen wie bei Theophilus die Hinweisung auf die 12 Tafeln in der entschiedensten Weise ausgesprochen wird. Ferner ein bestimmtes anderes Moment, welches mit dieser Nachricht in deutlichem Widerspruch stände, existirt nicht. Es scheint vielmehr nur, daß zu gewissen allgemeineren Anschauungen, welche man heutzutage namentlich von der Mancipation hegt, die Nachricht nicht recht passen will. Aber dabei ist denn doch die Frage, ob es nicht nöthig sein wird, diese Anschauungen durch ihre genauere Zusammenhaltung mit jener in so bestimmter Weise uns entgegentretenden Nachricht einer Läuterung zu unterwerfen. Daß

1) S. noch Voigt ius nat. II. S. 544.

auch insbesondere das vorher erwähnte Justinianeische Einschiebsel veluti expromissore aut pignore dato den übrigen Inhalt der Stelle nicht zu erschüttern geeignet ist, dafür spricht noch besonders Theophilus, in dessen Darstellung dies Einschiebsel sehr viel mehr auch äußerlich als eine nur erläuternde Anmerkung auftritt. Theophilus sagt: 20

Εἰ δὲ πωλήσας τραδιτεύσῃ, οὐχ ἑτέρως ἐπὶ τὸν ἀγοραστὴν ἡ δεσποτεία μέτεισιν, ἐὰν μὴ ὁ ἀγοραστὴς τῷ πράτῃ τὸ τίμημα καταβάλῃ τοῦ πράγματος, ἢ τὸ ἱκανὸν αὐτῷ ποιήσῃ ἐπὶ τῷ τιμήματι. τί γάρ; ὅτι ἔδωκε Τίτιόν τινα ὑπὲρ αὐτοῦ ὁμολογήσαντα δώσειν τὸ τίμημα, ἢ καὶ ἐνέχυρον παρέσχεν ὑπὲρ τοῦ τιμήματος· τοῦτο δὲ καὶ τῷ δυωδεκαδέλτῳ διηγόρευται νόμῳ[2]).

Durch die Frage *τί γάρ* wird bestimmt hervorgehoben, daß hier die Zwischenschiebung eines erläuternden Beispieles beabsichtigt ist, und danach bezieht sich der Schlußsatz *τοῦτο διηγόρευται* noch deutlicher unmittelbar auf den Satz von der solutio und satisfactio zurück. Man muß danach gewiß Schrader Recht geben, daß wohl Niemand „sine temeritatis crimine“ das so bestimmte Zeugniß der Institutionen und des Theophilus verwerfen dürfe[3]).

Hiemit ist aber noch keineswegs die Annahme gerechtfertigt, daß die Institutionen in dem Satze: non aliter emtori acquiruntur, quam si is venditori pretium solverit vel alio

---

2) „Quod si vendens tradat, non aliter in emtorem dominium transit, nisi emtor venditori pretium rei persolverit, aut ei de pretio satisfecerit. Quid enim? ubi Titium quendam pro se dedit spondentem se pretium soluturum, vel pignus etiam pro pretio dedit. Hoc autem ex lege XII tab. sancitum est.“ (Reitz.)

3) Vgl. Schilling Bem. üb. R. R.G. (1829) S. 69; s. auch Heimbach Creditum S. 53: „Zweifelsohne aus einem alten Juristen“.

20 modo ei satisfecerit die 12 Tafeln mehr oder weniger wortgetreu abgeschrieben hätten[4]). Nichts hindert uns anzunehmen, daß von den Institutionen der Satz der 12 Tafeln nur dem Inhalte nach mitgetheilt sei. Die Institutionen sagen ja nicht: „in den 12 Taf. steht Folgendes: das Eigenthum soll beim Kauf nur in Folge der Preiszahlung oder Satisfaction übergehen". Vielmehr tragen sie zunächst nur den Satz des geltenden Rechts vor, und fügen dem dann die allgemeine Bemerkung an: quod cavetur quidem et lege XII tab. Wir sind, wenn etwa anderweite Gründe uns darauf hinführen, ebenso berechtigt, das quod cavetur so zu verstehen, daß nur der Sinn des vorhergehenden Satzes schon in den 12 Tafeln enthalten sei.

Gestützt auf diesen an sich richtigen Gedanken haben manche Schriftsteller (unter den Neueren namentlich Dirksen und Schrader) die Ansicht aufgestellt, daß die 12 Tafeln wohl nur die Zahlung anerkannt hätten, die satisfactio erst durch die Interpretation hinzugefügt sein werde. Eine directe Widerlegung dieser Vermuthung ist freilich nicht möglich, wohl aber läßt sich jedenfalls beweisen, daß der positive Grund, den Schrader für sich anführt, nicht stichhaltig ist. Schrader nämlich nimmt an, daß die Zulassung der satisfactio[5]) erst der neueren Interpretation

4) Auf dieser Voraussetzung ruhen die meisten der von Dirksen 12 Taf. S. 501. 502 zusammengestellten Restitutionsversuche des 12 Taf.-Textes: „venditae res et traditae post pretium solutum, aut si alio modo satisfactum existat, emtori adquiruntor" (Rivallius). „Venditae et traditae res non aliter emtori adquiruntor, quam si is venditori pretium solverit, vel alio modo satisfecerit" (Prateius). „Venditae traditae res, si dedit pretium aut vice pretii, emptori adquiruntor" (Vitus). „Res vendita transque data emptori non acquiritor, donicum solutum, satisdatum, satisfactumve escit" (Pithou). „Res vendita transquedata emptori non adquiritor, donicum satisfactum escit" (J. Gothofredus).

5) Und zwar zunächst Satisfaction in der Gestalt der Stellung eines fideiussor.

der Römischen Juristen angehöre, indem nach fr. 25 §. 1 de usufr. noch Julian die Satisfaction als Grund des Eigenthumsüberganges nicht anerkannt habe. Dies ist schon oben widerlegt worden (§. 17 Note 5—7). Die von Plautus und Cato bereits neben der solutio erwähnte satisfactio und der von Varro bezeugte Eigenthumsübergang auf Grundlage einer die satisfactio schon überschreitenden Preiscreditirung (stipulatio nummorum) zeigen, daß die Anerkennung der Satisfaction einer weit früheren Periode des Rechtes angehört. Ueberdies aber wird doch auch dem Institutionenreferat durch diese Dirksen-Schrader'sche Ansicht gar zu großer Zwang angethan. Wenn die Institutionen sagen: „das Eigenthum geht nur über, wenn solutio oder satisfactio erfolgt ist; dies bestimmen schon die 12 Tafeln", so erscheint die Auslegung sehr hart und gezwungen, welche annimmt, daß die 12 Tafeln gerade über die satisfactio Nichts gesagt hätten. Dazu kommt noch die oben gegebene Nachweisung über die hier zum Grunde liegende naturalis ratio, auf welche die Institutionenstelle in ihrem weiteren Verlauf provocirt. Man muß nur im Auge behalten, daß diese naturalis ratio nicht etwa irgend eine philosophische Speculation, sondern den realen Gehalt der socialen Verkehrsverhältnisse in sich faßt. Solche öconomische Verkehrsfragen bleiben aber auch in den uncultivirtesten Volkszuständen dem Auge der Handeltreibenden nicht verborgen. Der Kauf ist an sich ein Erwerb ex re, der Käufer erwirbt das Eigenthum ex pretio soluto. Diesen Satz sollen die Römer vor den 12 Tafeln als Rechtssatz noch nicht anerkannt haben? Oder wenn er schon galt, so sollen die 12 Tafeln es noch besonders nöthig gefunden haben, ihn speciell und allein zu sanctioniren? Viel näher liegt es anzunehmen, daß die 12 Tafeln gerade deßhalb zur Hervorhebung dieses, wie man heutzutage zu sagen liebt, in der „Natur der Sache" liegenden Satzes veranlaßt wurden, weil sie etwas Anderes, näm-

20 lich gewisse Arten der Preiscreditirung, der Solution hinzufügen wollten[6]). Man kann mit dieser Argumentation freilich nicht beweisen, daß die 12 Tafeln die Satisfaction eingeführt hätten, aber wenn ein bestimmtes Quellenzeugniß die Satisfaction den 12 Tafeln direct zuschreibt, so ist solche Argumentation geeignet, die Nachricht jenes Quellenzeugnisses innerlich als eine völlig glaubliche erscheinen zu lassen.

Man ist vielleicht geneigt, mir hier noch einzuwerfen, daß ich selbst mit dieser Auffassung der Institutionenstelle meiner eigenen oben gegebenen Ausführung widerspreche. Ich gab im §. 14 an, daß wohl die solutio, nicht aber die satisfactio, als Grund des Eigenthumsüberganges auf naturalis ratio zurückgeführt werden könne, und daß die Fassung der Institutionenstelle uns nicht nothwendig darauf führe, daß sie auch der Stellung der satisfactio einen (im technischen Sinn) naturalen Charakter habe beilegen wollen. Nun könnte man folgendermaßen schließen. Wenn ich den Institutionensatz:

> Solution oder Satisfaction sind nöthig. Dies sagen schon die 12 Tafeln, aber richtig verstanden ergiebt es sich auch schon aus der naturalis ratio,

so verstehe, daß der naturalis ratio nur die solutio angehöre, so müsse ich ebenso auch die 12 Taf.-Bestimmung lediglich auf die Solution beziehen. Dagegen läßt sich aber Folgendes erwidern. Es werden in der Institutionenstelle zwei Punkte zusammengefügt (Solution und Satisfaction) und es wird von ihnen ausgesagt, daß sie sich auf zwei Quellen reduciren lassen, die positive der 12 Tafeln und die natürliche, des ius naturale oder ius gentium. Sagt man nun von zwei Dingen, sie fänden sich an einem bestimmten Ort, sie ließen sich aber mit Recht noch auf ein anderes Element zurückführen, so würde man

6) Vgl. meine Civ. Studien III. S. 183 Note 3.

freilich sehr ungenau sprechen, wenn nicht an dem zuerst bezeich- 20
neten Orte wirklich beide Punkte zu finden wären, wogegen die zweite Bemerkung sich schon rechtfertigen läßt, wenn darin nur auf den ersten der beiden Punkte, neben dem der zweite als etwas an den ersteren Angelehntes erscheint, Bezug genommen wird. — Dazu kommt noch ein anderer entscheidender Umstand. Die Institutionen sagen ja gar nicht direct, daß der von ihnen vorgetragene und den 12 Tafeln zugeschriebene Satz der naturalis ratio angehöre, sondern sie sagen nur, daß er iure naturali bewirkt werde. Danach mußte freilich die Frage aufgeworfen werden, ob es sich hier um eine wirkliche naturalis ratio handle, denn es ist der ganz reguläre Sprachgebrauch der klassischen Juristen, unter ius naturale einen auf wahrer naturalis ratio ruhenden Rechtssatz zu verstehen. Wir sind durch selbständige Untersuchung dieser Frage oben zu dem Resultat gelangt, daß hier in der That naturalis ratio in Betreff der solutio, dagegen etwas ganz Anderes nämlich naturalis aequitas in Betreff der satisfactio vorliege. Diesem Resultate gegenüber lassen sich nun schließlich auch die Worte der Institutionen für ganz sorgfältig überlegte erklären: Es wird in den Quellen, namentlich den Institutionen, der Ausdruck ius naturale mehrfach auch da angewendet, wo es sich sicher nur um naturalis aequitas handelt [7]). Also nach diesem allgemeineren Sprachgebrauch ist der Ausdruck völlig zutreffend. Es ließen sich unter denselben zwei Punkte vereinigen, von denen der eine auf naturalis ratio und der andere auf naturalis aequitas ruht.

§. 21. (Die Bürgenstellung in den 12 Tafeln.) — 21
Die bisherige Erörterung ergiebt folgende Sätze:

1) Die Institutionenworte veluti expromissore aut pignore dato sind nicht den 12 Tafeln zuzuweisen.

7) Meine Civ. Studien III. S. 113 Note 1. S. 189 Note 4; s. unten §. 42 Note 3. §. 46 Note 5.

21 2) In den übrigen Worten der Institutionen haben wir keineswegs eine wortgetreue Wiedergabe der Bestimmung der 12 Tafeln zu suchen.

3) Bei ganz ungezwungener Deutung der Institutionennachricht ist, was auch innerlich gar nicht als unglaubwürdig erscheint, anzunehmen, daß schon die 12 Tafeln nicht bloß solutio, sondern auch satisfactio zulassen.

4) Die Institutionenworte stehen durchaus nicht entgegen, daß im Genaueren der Eigenthumsübergang nach solutio als naturalis ratio, der nach satisfactio als eine natürliche Aequität bezeichnet werde.

Es erhebt sich nunmehr aus der Zusammenhaltung von Punkt 2 und 3 die Frage, ob doch wenigstens das eine Wort satisfactio, als aus den 12 Taf. herübergenommen anzunehmen sei, wie dies die in Note 4 des vor. § angeführten Restitutionsversuche meist thun. Man wird gewiß, wenn man überhaupt es für wahrscheinlich hält, daß die 12 Tafeln eine satisfactio anerkennen, es als das Nächstliegende betrachten, daß die Institutionen, auch wenn sie im Ganzen nur den Sinn der 12 Tafel-Bestimmung geben wollten, doch gerade ein solches einzelnes technisches Wort aus der Urquelle entlehnt haben werden. Nichtsdestoweniger kann hier Folgendes bedenklich machen. Aus dem Vorstehenden ergiebt sich, daß Manches von dem, was die klassische Jurisprudenz unter der satisfactio begreift, erst allmälig durch erweiternde Interpretation Aufnahme gefunden hat. Das würde schwer begreiflich sein, wenn in den 12 Tafeln das Begriffswort satisfactio schon stand, denn dann hätte es sich ja nicht um das Ausdehnen einer an sich engeren Bestimmung gehandelt (plenius acceptum est), sondern nur um richtiges Verständniß des vom Gesetz schon anerkannten Begriffs. Dagegen wenn man annimmt, daß die 12 Tafeln ein einzelnes concretes Geschäft nahmhaft machten, daß dann die Jurispru-

denz dies unter den theoretischen Begriff der satisfactio subsu- 21
mirte, dadurch nun aber veranlaßt wurde, auch noch andere Fälle heranzuziehen, welche sich unter diesen Begriff bringen lassen, so wird der Hergang viel leichter verständlich. Ueberhaupt ist es fraglich, ob man den 12 Tafeln solchen theoretischen Begriff wie satisfactio schon zuweisen dürfe, einen Begriff, der eher den Charakter der rechtswissenschaftlichen Ueberlegung späterer Juristen an sich trägt. Auch würde, wenn in den 12 Tafeln das Wort satisfactio bereits gesetzliche Sanction bekommen hätte, schwerlich in den traditionellen leges venditionis, wie sie Cato mittheilt, der sich auf diesen Punkt beziehende Ausdruck so variirt haben, wie dies oben bereits angeführt ist (§. 17 Note 5).

Zu demselben Resultat führt auch die Betrachtung der Gaiischen Interpretation im fr. 53 cit. (§. 19). Gaius führt ein einzelnes Rechtsgeschäft, die Stellung des fideiussor, an, wovon er sagt, daß es der Zahlung ganz gleichstehe (nihil interest); dann aber fügt er hinzu, das vom fideiussor Geltende — und er beruft sich dabei auf den Begriff der satisfactio — sei auf andere Punkte ausgedehnt worden, perinde ac si pretium solutum esset [1]). Wäre die satisfactio in den 12 Tafeln anerkannt, so mußte er in Betreff der ganzen satisfactio, auch wenn man sie später in einem weiteren Sinne verstand als früher, sagen: nihil interest.

Das Wort satisfactio wird man also den 12 Taf. nicht zuschreiben dürfen, vielmehr wird in den 12 Tafeln von einem oder mehren einzelnen Rechtsgeschäften die Rede gewesen sein, welche der Zahlung gleichstehen sollten, und die dann erst die Jurisprudenz als satisfactio charakterisirte. In Betreff solchen

1) Gleichartig ist die Darstellung Ulpians in fr. 5 §. 18 de tribut. act. (14. 4): res venditae non alias desinunt esse meae, quamvis vendidero, nisi aere soluto vel fideiussore dato, vel alias satisfacto.

21 einzelnen Rechtsgeschäfts habe ich oben (§. 19) bereits hervorgehoben, daß dabei auch an die fideiussio gewiß nicht zu denken ist. Dem ist hier noch der Grund anzufügen, daß die fideiussio in allen ihren Theilen den Stempel eines neueren Rechtsinstitutes an sich trägt, dessen Entstandensein sich wohl nicht schon zur Zeit der 12 Tafeln annehmen läßt.

Was bleibt denn übrig? Wenn die bisherige negative Beweisführung überhaupt als beifallswürdig erscheint, daß in den 12 Tafeln nichts von expromissio oder pignoris datio, nichts von fideiussio, nichts von allgemeiner satisfactio gestanden haben kann, — so wird über den positiven Rest, an den sich alsdann allein denken läßt, gewiß kein Zweifel sein, d. h. die 12 Tafeln müssen, wenn wir überhaupt Gründe haben, in ihnen bereits die Anerkennung einer der solutio gleichgestellten satisfactio zu suchen, von der Bürgschaft des älteren Rechtes, der sponsio (und allenfalls noch der fidepromissio), gesprochen haben.

Danach meine ich den Satz aufstellen zu dürfen, daß *in den 12 Tafeln bloß von Zahlung und Bürgenstellung die Rede war*, also in letzterer Hinsicht von sponsio und höchstens noch von fidepromissio, da zu den damals existirenden Bürgschaftsformen höchstwahrscheinlich die fideiussio nicht gehörte. Ist man aber der oben verworfenen Ansicht, daß den 12 Tafeln nur die Anerkennung der Zahlung zuzuschreiben sei, so bleibt jener Satz auch dabei bestehen, indem man nämlich dann für einen erst nach den 12 Tafeln liegenden Zeitpunkt als ersten Schritt der Weiterentwickelung doch immer die Gleichstellung von sponsio und fidepromissio mit der Zahlung wird annehmen müssen. An diese hat sich dann erst die fideiussio angeschlossen, die aber als *Bürgschaft* der Zahlung noch ganz gleichstehend erachtet wurde (nihil interest), und an diese ist schließlich auf Grundlage des allgemeineren Begriffs der satis-

factio durch erweiternde Interpretation Anderes, wie expro- 21
missio oder pignoris datio, angeknüpft worden.

§. 22. (Parallele Gestaltungen.) — Zur Unter- 22
stützung des eben gewonnenen Resultates mag noch folgende historische Analogie herbeigezogen werden.

Es kommt öfter vor, und ist gerade dem Charakter des alten Rechts angemessen, daß der Schuldner bei Uebernahme seiner Verbindlichkeit in einer dem alten Recht bekannten Form einen Bürgen stellt. So der praes. Macht sich Jemand dem Volk verbindlich, so muß er einen Anderen als praes stellen.

> Festus s. v. Manceps (M. p. 151) dicitur, qui quid a populo emit conducitve[1]), quia manu sublata significat se auctorem emptionis esse: qui idem praes dicitur, quia tam debet praestare populo, quod promisit, quam is qui pro eo praes factus est. — s. v. Praes (M. 223) est is, qui populo se obligat, interrogatusque a magistratu, si praes sit, ille respondet „praes". — Varro de L. L. VI. 74: Praes qui a magistratu interrogatus, in publicum ut praes sit; a quo et, quom respondet, dicit: „praes".

So ferner der vas. Muß Jemand in Criminal- oder Civilprocessen vadimonium leisten, so thut er dies durch sponsio[2]), und wenn es überhaupt nöthig ist, hiefür noch eine weitere Garantie zu geben (späteres vadimonium cum satisdatione im

---

1) Vgl. Fest s. v. venditiones (M. p. 376) dicebantur olim censorum locationes, quod velut fructus publicorum locorum venibant. Pseudo Ascon. in Cic. Div. (Orell.) p. 113. §. 33. Mancipes sunt publicanorum principes, ... qui quaestus sui causa, si decumas redimunt, [decumani appellantur], Grom. 116. 21. Mancipes qui emerunt lege dicta ius vectigalis, ipsi per centurias locaverunt aut vendiderunt proximis quibusque possessoribus.

2) Huschke Nexum S. 197.

22 Gegensatz des vadimonium purum, Gai. IV. 185), so geschieht dies durch die Stellung eines vas.

Varro de L. L. VI. 74: Vas appellatus qui pro altero vadimonium promittebat. Consuetudo erat, quom reus parum esset idoneus inceptis rebus (Huschke a. a. O. S. 196), ut pro se alium daret cet. -

Wenn nun auch die rechtliche Stellung des praes, des vas, und des sponsor (oder fidepromissor) eine innerlich wesentlich verschiedene ist, so ist es doch Römische Anschauung, sie gleichmäßig unter dem Begriff Bürge oder sponsor im w. S. zusammenzufassen; denn auch der praes wird sponsor genannt.

Festus s. v. Compraedes (M. 39) eiusdem rei populo sponsores;

und der vas wird ebenso bezeichnet:

Festus s. v. Vadem (M. 377) sponsorem significat datum in re capitali.

s. v. Iustum vadem (M. 113): idoneum sponsorem.

So stellt denn auch Varro alle drei zusammen:

de L. L. VI. 74: Sponsor et praes et vas neque idem, neque res a quibus hi, sed e re simile.

Hat sich also gezeigt, daß schon die 12 Tafeln in Betreff des Kaufpreises eine satisfactio zugelassen haben, so kann man es für durchaus den alten Rechtsgestaltungen gemäß erklären, wenn unter dieser satisfactio die sponsio (fidepromissio) verstanden wird. Es ist den Römern schon in der älteren Zeit die Anschauung gäng und gäbe, daß man einen Anderen als sponsor im w. S. für die eigene Verbindlichkeit eintreten lassen kann[3]), und so hat denn auch die Annahme, auf welche uns jene Institutionenstelle führte, für die 12 Tafeln nichts innerlich Unglaubwürdiges, daß die Stellung eines sponsor beim Kauf in Betreff

3) Vgl. auch Rudorff in d. Zeitschr. f. gesch. R. W. Bd. 14. S. 438—443.

des Eigenthumsüberganges juristisch der Preiszahlung gleich- 22
stehen soll.

Gegen die Zurückführung der ersten Anfänge der satisfactio schon auf die 12 Tafeln ist übrigens noch folgendes Argument vorgebracht worden. Schrader hebt hervor, daß in manchen Stellen lediglich die Zahlung erwähnt werde[4]), und entnimmt daraus den Schluß (für den er auch unrichtigerweise den oben schon erörterten Ausspruch des Julian im fr. 25 §. 1 de usufr. benutzt), daß die Zulassung der satisfactio (und zwar unter diesem Begriff zunächst der fideiussio) erst neueren Datums sei. Aber diese Stellen beweisen nichts, da sie von Schriftstellern herrühren, bei deren Lebzeiten die satisfactio jedenfalls schon anerkannt war. Und diese Stellen sind doch auch sehr erklärlich. Die Preiszahlung bleibt immer für das practische Leben die Hauptsache. Die Preiscreditirung ist nur ein der Zahlung Gleichgestelltes. Handelt es sich um genaue Darstellung der Sache, so wird man allerdings sagen: „das Eigenthum geht nur über, wenn die Zahlung (oder was ihr gleichsteht) erfolgt ist". Wo aber, wie in jenen Stellen, die Frage nur kurz und nebenbei erwähnt wird, da erscheint es nicht als verwunderlich, wenn das, was ich eben durch die Parenthese: „oder was ihr gleichsteht" andeutete, zuweilen einfach weggelassen wird. —

Nach allem Bisherigen wird man sagen dürfen, daß die

---

4) Varro de R. R. II. 2. 6: Grex dominum nou mutavit, nisi sit aes adnumeratum. Quintil. decl. 336. Quo iure vindicare potes eam rem, cuius pretium non dedisti? fr. 5 §. 1 de iure fisci (49. 14) Ulpian. — Si ab eo, cui ius distrahendi res fisci datum est, fuerit distractum quod fisci fuit, statim fit emtoris, pretio tamen soluto. Die im §. 16 u. 17 erklärten Stellen fr. 43 §. 10 de Aed. ed. und fr. 43 §. 2 de acq. rer. dom. können nicht hieher gezogen werden, weil in ihnen der Jurist vielleicht gerade die (in den anderen zwei Parallelstellen bestimmt erwähnte) satisfactio voraussetzt, und nur als für die vorliegende Frage unwichtig nicht besonders hervorhebt.

22 älteste Form, in der eine satisfactio als der solutio gleichwirkend zugelassen worden ist, die sponsio (und fidepromissio) war. Es ist der Zulassung dieser Art von satisfactio ein hohes Alter zuzuschreiben, ja es liegt Nichts vor, was der durch die Institutionenstelle indicirten Zurückführung direct auf die 12 Tafeln entgegenstünde.

Hat es nun aber bei den Römern eine Zeit gegeben, in der die Satisfaction noch nicht, wie später, durch fideiussio expromissio pignoris datio, sondern nur durch sponsio und fidepromissio geleistet werden konnte, so liegt darin für den Käufer nothwendig der Satz, daß, falls er solche satisfactio stellen wollte, er seinerseits den Kaufpreis durch Stipulation zusagen mußte[5]). Gegen die Annahme einer vielfachen und namentlich älteren Verwendung der Stipulation für den Kauf liegt denn aber auch keinerlei Bedenken vor[6]). Und zwar ist diese stipulatorische Zusage des Kaufpreises wohl gewöhnlich — mogte im Uebrigen der Kauf gleichviel in welche Form gekleidet sein[7]), — als ein selbständiges Geschäft behandelt worden. Wir finden dies noch in der klassischen Zeit unter der Herrschaft des Consensualkaufcontracts.

Fr. 3 §. 3 de SC. Maced. 14. 6: .... qui alias contraxit puta vendidit ... et ideo, etsi in creditum abiit

5) Gai. III. 118. 119: Sponsoris vero et fidepromissoris similis conditio (est), fideiussoris valde dissimilis. Nam illi quidem nullis obligationibus accedere possunt nisi verborum.

6) Vgl. z. B. Savigny Syst. V. S. 488: „die Stipulation war eine so allgemeine Form, daß jede Art eines Vertrages, mogte es Kauf, Societät, Mandat u. s. w. sein, in dieselbe eingekleidet werden konnte".

7) d. h. entweder a) formlose, in älterer Zeit vielleicht nicht klagbare, Verabredung des Kaufs mit nachfolgender zur Eigenthumsübertragung geeigneten Leistung ex causa venditionis; b) oder Abschluß des obligatorischen Kaufs durch zwei Stipulationen; c) oder endlich, zu der Zeit wo der Consensualkaufcontract klagbar war, consensuelle Kaufverabredung.

(al. abii) filiofamilias vel ex causa emtionis ... et 22
si stipulatus sim, licet coeperit esse mutua pecunia [8]), tamen quia pecuniae numeratio non concurrit, cessat SCtum.

L. 3 C. ad SC. Maced. 4. 28: Si filiusfamilias aliquid mercatus pretium stipulanti venditori ... spondeat (198).

Fr. 14 de except. 44. 1: Filiusfamilias peculiarem servum vendidit et pretium stipulatus est.

Diese besondere vom sonstigen Kaufgeschäft getrennte Stipulation zur Creditirung des Kaufpreises wird, als die hinzuzufügende satisfactio eine sponsio oder fidepromissio sein mußte, unbedingt nöthig gewesen sein, auch wenn das Kaufgeschäft selbst in zwei Stipulationen abgeschlossen worden war. Nachdem dann später auch fideiussio expromissio und pignoris datio als genügende Satisfactionen anerkannt waren, wird sie wohl auch da im regulären Brauch geblieben sein.

§. 23. (Bedeutung des fidem habere sine satisfactione.) — Bei dem aus den 12 Tafeln abgeleiteten 23
Satze, daß es zum Eigenthumsübergange einer Preiscreditirung mit satisfactio bedürfe, ist es nicht geblieben. Man hat auch das bloße fidem emtoris sequi, wie die Institutionenstelle sagt, oder das fidem habere sine ulla satisfactione, wie fr. 19 de contr. emt. sich ausdrückt, als genügend zugelassen.

Die oben schon erwähnte Stelle des Varro (§. 17 Note 6) beweist, daß schon zu seiner Zeit neben der solutio die stipulatio nummorum ad mutationem domini genügend war. Diese stipulatio fällt zweifellos nicht mehr unter die satisfactio, sie gehört mithin unter das fidem sequi [1]); es ist dieselbe Stipula-

8) Wie im Genaueren diese letzten Worte zu verstehen seien, ist streitig. Vgl. Savigny Syst. V. S. 535. Heimbach Lehre vom Creditum (1847) S. 420. 421.

1) Auch bei Plautus (vgl. §. 17 Note 7) wird einmal das Creditiren

23 tion, welche in den eben am Schluß des vor. § mitgetheilten Stellen des Corpus iuris erwähnt wird.

Man wird sich den Gang der Rechtsentwicklung demnach etwa folgendermaßen zu denken haben. Das practische Bedürfniß hatte schon dahin getrieben, die die Satisfaction betreffende Bestimmung der 12 Tafeln ausdehnend zu interpretiren (plenius acceptum est). Bei dieser Satisfaction war es theils nöthig, theils Sitte, daß der Käufer die eigene Zusage des ihm creditirten Geldes in Form einer Stipulation gab. Jenes selbe Bedürfniß führte dann weiter dahin, die Nothwendigkeit der Satisfaction ganz fallen zu lassen, und schon die bloße stipulatorische Zusage des Käufers als genügend anzuerkennen. Hatte man diesen Schritt einmal gethan, so lag es nahe, auch auf dem Wege der Expensilation die Creditirung zu gestatten [2]).

Unbedenklich kann man also den Satz aufstellen, daß unter das in der Institutionenstelle nicht weiter erklärte fidem sequi jedenfalls das in Stipulation oder Expensilation gekleidete Creditiren gehöre. Aber es ist die Frage, ob die Römer hiebei stehen geblieben sind?

Heimbach [3]) hat die Ansicht aufgestellt und mit nicht unwichtigen Gründen unterstützt, daß in der That das fidem sequi nur in diesem engeren Sinn verstanden werden könne. Anderer-

---

mit den Worten bezeichnet (Pers. II. 2. 8): quia ei fidem non habui argenti. Man sieht aber nicht, was darunter verstanden wird. — Vergl. auch noch eod. III. 3. 11. qui nisi iurato mihi nihil ausus credere. Hier kann der Eid als zu einer Stipulation hinzutretend gedacht werden, oder es ist von einem nicht streng juristischen, sondern nur auf die Eideskraft gestellten Creditiren die Rede. S. über diese Stelle noch insbes. Demelius Zeitschr. f. R.G. II. S. 235 Note 163.

2) Gai. III. 129: (A re in personam trans)scriptio fit, veluti si id, quod tu ex emptionis causa aut conductionis aut societatis mihi debeas, id [inde Huschke] expensum tibi tulero.

3) Creditum S. 53 ff. S. 80. 412. 413. 417 ff.

seits wird es vielfach als ganz unzweifelhaft angenommen, daß 23
nach dem Rechte der klassischen Zeit wie nach Justinianeischem die Kaufpreiscreditirung auch ohne Stipulation [oder Expensilation] in formloser Weise habe erfolgen können, und nach den Institutionenworten für den Eigenthumsübergang genügend gewesen sei. „Nach der Interpretation der (Römischen) Juristen" sagt Cropp[4]) „ging selbst das Eigenthum auf den Käufer über, wenn der Verkäufer ihm den Kaufpreis ohne Sicherheit creditirt hatte — si is, qui vendidit, fidem emtoris secutus fuerit —, wahrscheinlich indem man annahm, daß in einem solchen Falle der Verkäufer in der Person des Käufers eine genügende Sicherheit finde". Indem Cropp in Beziehung auf diese Aeußerung mit besonderer Betonung die Worte des fr. 9 §. 3 de pign. act.: vel nuda conventione" anführt, behauptet er offenbar die formlose Preiscreditirung mit der Wirkung des Eigenthumsüberganges als etwas schon den klassischen Juristen Bekanntes.

Aber die Berufung auf diese Stelle, der noch eine andere beigefügt ist, kann nicht als stichhaltig angesehen werden. Nehmen wir zuerst die beigefügte Stelle.

> Fr. 4 §. 8 de fideic. lib. 40. 5: Addici ita demum bona voluit (vgl. fr. 2 eod.), si idonee creditoribus cautum fuerit de solido, quod cuique debetur. Ergo cavendum est idonee. Quid est idonee? satis dato utique aut pignoribus datis. Sed et si ei fides habita fuerit promittenti sine satisdatione, idonee cautum videbitur.

Diese Worte beweisen vielmehr gegen jene Ansicht, denn unter dem promittenti ist gewiß eine Stipulation verstanden, und indem diese stipulatorische Zusage mit den Worten charakterisirt

4) Heise und Cropp Jur. Abh. I. S. 425 (1827). Vergl. auch Thöl Handelsrecht I. §. 69 (4. Aufl. 1862) S. 422.

23 wird: si ei fides habita fuerit, so gewährt das eher einen Rückschluß, daß auch jene Stellen beim Kauf unter fidem emtoris sequi und fides emtori habita eine Stipulation gemeint haben werden.

Es bleibt also nur das schon erwähnte fr. 9 §. 3 de pign. act. 13. 7 übrig.

> Omnis pecunia exsoluta esse debet aut eo nomine satisfactum esse, ut nascatur pignoratitia actio. *Satisfactum* autem accipimus, *quemadmodum voluit creditor*, licet non sit solutum; sive enim aliis pignoribus sibi caveri voluit ut ab hoc recedat, sive fideiussoribus, sive reo dato, sive pretio aliquo, *vel nuda conventione*, nascitur pignoratitia actio. Et generaliter dicendum est, *quoties recedere voluit creditor a pignore, videri ei satisfactum*, si ut ipse voluit sibi cavit, licet in hoc deceptus sit.

Die Stelle handelt von der pignoratitia in personam actio. Der Verpfänder kann damit die Rückgabe der Sache verlangen, wenn Zahlung erfolgt ist oder dem Creditor gegenüber auf irgend eine Weise eine satisfactio stattgefunden hat. Es ist nicht etwa mit Bachofen[5]) zu glauben, daß dieser Begriff der satisfactio nur hier bei der pignoratitia in personam actio, nicht auch in gleicher Weise bei der hypothecaria formula [in welche Bachofen statt satisfactum das Wort satisdatum aufnehmen will[6])] zur Anwendung gekommen sei. Solutio und satisfactio sind die auch in der Formel der Pfandklage hervorgehobenen Punkte, die eine Liberirung des Pfandes zur Folge haben, und es wird die satisfactio der solutio gegenüber so erklärt, daß letztere als

5) Pfandrecht I. (1847) S. 579. Vgl. Keller in Richter-Schneiders Jahrb. XXII. S. 1015.

6) A. a. O. S. 47 ff. s. dagegen Keller a. a. O. S. 983—987. Vgl. auch Keller Civ. Proc. S. 127.

wirkliche materielle Erfüllung etwas ist, das der Gläubiger an- 23
nehmen muß, während die satisfactio auf dessen freiem Willen ruht, wobei er es sich selbst zuzurechnen hat, wenn er auf die Offerte von Seiten des Schuldners sie zugelassen hat[7]).

An sich kommt dieser Gegensatz von solutio und satisfactio ganz ebenso auch in Betreff des Kaufpreises in Betracht (s. oben §. 15 Note 1). Aber daraus ist noch nicht das Geringste dafür zu folgern, was einerseits beim Kauf und andererseits beim Pfande als die juristisch zulässige Satisfaction anzusehen ist. Hier entscheidet lediglich die positive Rechtssatzung, und diese liegt beim Kauf und beim Pfande völlig verschieden[8]).

Beim Pfande hat es sich lediglich um die freie Interpretation des in der Prätorischen Formel stehenden Worts satisfactio gehandelt, es bestand keinerlei durch älteres Gesetz gezogene Schranke. Für das Pfand lag der Gedanke nahe, daß, wie es consensu contrahirt werde, so es auch (sei es ipso iure sei es durch exceptio vermittelt) auf dem Wege des freien consensus müsse aufgehoben werden können.

l. 2 C. de remiss. pign. 8. 26: obligatio pignoris consensu contrahitur et dissolvitur[9]).

---

7) Fr. 6 pr. §. 1 quib. mod. pign. 20. 6: Item liberatur pignus sive solutum est debitum sive eo nomine satisfactum est ... Qui paratus est solvere, merito pignus videtur liberasse; qui vero non solvere sed satisfacere paratus est, in diversa causa est. Ergo satisfecisse prodest, quia (nicht: qui) sibi imputare debet creditor, qui satisfactionem admiserit vice solutionis; at qui non admisit satisfactionem, sed solutionem desiderat, culpandus non est. Vgl. auch Brinz Pand. I. S. 335.

8) Auch sonst noch kommt die Nebeneinanderstellung von solutio und satisfactio vor (l. 28 C. de fideiuss. 8. 41: sed manere ius integrum, donec in solidum ei pecuniae persolvantur vel alio modo satisfiat). Aber auch hieraus ist eine unmittelbare Entscheidung, wie sich das Creditiren beim Kauf gestellt hat, nicht zulässig.

9) Dernburg Pfandr. II. (1864) S. 540 ff.

23 So konnte es denn nicht fehlen, daß man in die Satisfaction beim Pfande Alles einrechnete, was für den Gläubiger den Willen des Zurücktretens vom Pfande enthielt, wobei also der Gläubiger ut ipse voluit sibi cavit, licet in hoc deceptus sit. Danach mußte jede nuda conventio mit unter die satisfactio gerechnet werden.

Beim Kauf aber stützt sich in Betreff des Eigenthumsüberganges die Gleichstellung der satisfactio mit der solutio auf eine 12 Tafelbestimmung, und entschieden hat man unter Erstere nur Gewisses gerechnet, andere Acte aber, wie der Verkäufer ut ipse voluit sibi cavit, für nicht mehr darunter subsumirbar gehalten[10]. Es erklärt sich dies daraus, daß die 12 Tafeln nicht das Wort satisfactio sondern nur ein concretes Bürgschaftsgeschäft enthalten zu haben scheinen, an das die Interpretation dann unter der doctrinellen Zusammenfassung durch das Wort satisfactio andere gleichartige Geschäfte anschloß. So hatte man in den 12 Tafeln eine gewisse Schranke, und als auch diese durch die Praxis überschritten wurde, nannte man das Draußenliegende nicht satisfactio, sondern fides habita sine ulla satisfactione. Wie weit nun die Römer in der Fassung dieser fides habita gegangen sind, ist eine selbständige Frage, die positiven Nachweis fordert. Und solcher Nachweis ist doch für das über die Stipulation [und Expensilation] Hinausliegende in dem bisher Hervorgehobenen noch gar nicht geliefert. Man kann nicht mit der beim pignus innerhalb der satisfactio liegenden nuda conventio erklären wollen, was beim Kauf unter der außerhalb der satisfactio stehenden fides habita zu verstehen sei.

Wenn bei den Römern, was man also zunächst dahin gestellt sein lassen muß[11], auch die formlose Preiscreditirung zu

10) Daß man hier wenigstens im weiteren Sinn eine satisfactio angenommen habe, wie Heimbach will (Creditum S. 422), ist nicht erweislich.

11) Auch Stellen wie l. 1. 3—5 C. de pact. int. emt. et vend. 4. 54

der Wirkung zugelassen worden ist, den Uebergang des (quiriti- 23
schen) Eigenthums zu bewirken, so werden sie, falls ein obligatorischer Kaufvertrag vorausgegangen war, die Preiszusage entweder unter den Gesichtspunkt des constitutum debiti proprii oder als nudum an den Kauf sich anschließendes pactum adjectum haben bringen müssen. Sollte sich nun übrigens weder für die eine noch die andere dieser Möglichkeiten etwas Entscheidendes auffinden lassen, so wird doch weiter unten aus ganz besonderen Voraussetzungen ein Fall (oder mehre) nachgewiesen werden, in dem die Zulassung auch einer formlosen Creditirung schwerlich wegzuläugnen ist. Auf die allgemeine Geltung der nuda conventio als Creditirung daraus einen Schluß zu ziehen, würde freilich wegen der Absonderlichkeit der Voraussetzungen sehr gewagt sein (s. unten §. 48 u. §. 51 Note 1).

Practischen Werth hat die eben besprochene Frage auf keinen Fall, indem, wie sich auch das Römisch-Justinianeische Recht verhalten haben möge, das Deutsche Gewohnheitsrecht die Creditirung in Form der nuda conventio mit der Wirkung des Eigenthumsüberganges ohne alle Frage zugelassen hat. Wie danach das heutige gemeine Recht der Kaufpreiscreditirung zu fassen sei, wird unten genauer erörtert werden (§. 44).

(auf die man sich aber auch noch nicht berufen hat) beweisen dies keineswegs.

Fünftes Capitel.

Geltung der Solutions- oder Creditirungsvorschrift für den ganzen Kauf.

24 §. 24. (Allgemeines Ergebniß aus den bisher erläuterten Quellenstellen.) — Die im vorigen Capitel ihrem Inhalte nach geprüfte Bestimmung der 12 Tafeln muß jetzt in Rücksicht auf ihren Umfang untersucht werden. Die Institutionenstelle trägt uns dieselbe offenbar als eine für den ganzen Kauf zur Anwendung kommende vor, und es wird sich auch im Einzelnen nachweisen lassen, daß dies in der That für den ganzen Lauf der Römischen Rechtsentwicklung das Richtige ist.

Zunächst müssen in dieser Hinsicht wiederum die im §. 19 mitgetheilten Stellen der klassischen Juristen in Betracht gezogen werden (fr. 19. 53 de contr. emt. und fr. 11 §. 2 de act. emt.). Es enthalten dieselben keinerlei Hindeutung, daß es sich um einen zunächst auf res mancipi oder andererseits nec mancipi beschränkten Satz gehandelt habe. Sie sprechen — in einer Weise, daß auch eine Justinianeische Interpolation durch Nichts indicirt wird — eine für den ganzen Kauf geltende Regel aus (quod vendidi, non aliter fit accipientis, quam si aut pretium nobis solutum sit aut satis eo nomine factum). Nun ist freilich bei Justinian der Rechtszustand so, wie er früher

bei den res nec mancipi galt; also das Eigenthum geht re 24
tradita über, sobald das Geld gezahlt oder creditirt ist; einer mancipatio bedarf es nicht. Aber daraus ist nicht der geringste Schluß darauf zulässig, daß der in die Compilation aufgenommene und schon in den 12 Tafeln enthaltene Rechtssatz von den 12 Tafeln lediglich für res nec mancipi ausgesprochen worden wäre. Ja die Beschränkung auf die res nec mancipi ist eine völlig unwahrscheinliche. Wie sollte die Gesetzgebung darauf gekommen sein, gerade nur diesen unwichtigeren Theil der Verkehrssachen ihrer Bestimmung zu unterwerfen? Ganz abgesehen hier von der Frage [1]), ob zur Zeit der 12 Tafeln eine nec mancipi res vendita et tradita schon gleich ins quiritische Eigenthum gelangte, ob nicht vielmehr nur ein Zustand der bonae fidei possessio entstand, der erst nach Ablauf der usucapio ins quiritische Eigenthum überging.

Was die citirten Digestenstellen einfach als Thatsache aussprechen, daß die Solutions- oder Creditirungsvorschrift für den ganzen Kauf gelte, das beweist sich auch gerade durch die Institutionenstelle, indem diese den Rechtssatz der 12 Tafeln aus der naturalis ratio *des Kaufs* ableitet. Weil die Sache um des Preises willen geleistet wird, so findet die Eigenthumsveräußerung auch erst in der Preisempfangnahme die Erledigung der in der Sachhingabe von vorn herein liegenden Voraussetzung. Ist aber unser Rechtssatz von den 12 Tafeln überhaupt für den Kauf gegeben worden, so steht er an sich mit dem Unterschiede der res mancipi und nec mancipi in keiner juristischen Verbindung, sondern er bezieht sich einfach *auf alle Sachen, die verkauft und auf Grund dieses Verkaufs ins Eigenthum übertragen werden sollen*. Wir müssen also freilich sagen, daß

1) S. darüber z. B. Schilling Bemerkungen über R. R.G. (1829) S. 58 bis 68. Walter R. R.G. §. 535 Note 29. — Vergl. übrigens unten §. 47.

24 aus den 12 Tafeln die, in Justinians Munde vollständig erklärbaren, Worte: (venditae vero res) et traditae nicht entnommen sein können, denn sonst hätten sich die 12 Tafeln nach dem damaligen Rechtszustande gar nicht auf den ganzen Kauf, sondern doch nur auf den Verkauf der res nec mancipi bezogen. Aber Justinians Mittheilung: quod cavetur lege XII. tab. bringt es ja auch gar nicht mit sich, daß, wie dies oben §. 20 bereits entwickelt ist, der voraufgehende Satz wortgetreu (also auch mit Inbegriff der Worte: et traditae) aus den 12 Tafeln entnommen sei. Wir bedürfen gar nicht der Vermuthung, daß aus dem Satz der 12 Tafeln speciell neben traditae ein sich auf die Mancipation beziehendes Wort von Justinian weggelassen worden wäre [2]); wir können annehmen, daß die Wortfassung der 12 Tafeln eine völlig andere war, aus der die Institutionenstelle nur den Sinn in Betreff der Wirkung der solutio und satisfactio entnahm.

Verfolgen wir nun die 12 Tafel-Bestimmung durch die einzelnen hier denkbaren Fälle.

25 §. 25. (Mancipation und Tradition von res mancipi). — 1. Daß unser Rechtssatz für die Mancipation von res mancipi zur Anwendung kam [1]), beweisen die oben §. 17 bereits erklärten Stellen fr. 43 §. 2 de acq. rer. dom. und fr. 25 §. 1 de usufr. Es ist darin davon die Rede, daß der Käufer einen servus (eine res mancipi) emit et per traditio-

2) In dieser Hinsicht gehen zu weit: Dirksen (12 Tafel-Fragm. S. 500), der sagt: „der Ausdruck traditae, welcher auf eine Interpolation oder Auslassung von Seiten der Compilatoren schließen läßt"; und Schilling (a. a. O. S. 69), welcher als sehr wahrscheinlich annimmt, „daß bei dieser Bestimmung in den 12 Tafeln neben dem beschränkten Worte tradere auch noch ein anderes, das auf mancipi res ging (vielleicht mancipare) vorgekommen sei."

1) Unzutreffend ist die gegen diesen Satz gerichtete Argumentation von Strempel. iusta causa S. 84. 85.

nem (mancipationem) accepit; es wird angenommen, daß das dominium in pendenti sei, bis (da in dem besprochenen Fall die satisfactio keine Wirkung auf den Eigenthumsübergang hat) der Preis gezahlt worden, und daß dann, wenn die Zahlung erfolgt sei, der Eigenthumsübergang auf den Uebertragungsact (die Mancipation) retrotrahirt werde. Also man sieht, daß der Eigenthumsübergang mancipirter res mancipi von unserm Rechtssatz abhängig ist; denn, wenn auch im einzelnen Fall die satisfactio aus besonderen Gründen als eine der Zahlung gleichwirksame nicht anerkannt wird, so ist doch schon das Abhängen des Eigenthumsüberganges von der Zahlung derjenige Rechtssatz, dem wir hier überhaupt nachforschen. 25

2. Andererseits läßt sich aber auch erweisen, daß die 12 Tafel-Bestimmung nicht lediglich auf den Uebertragungsact der Mancipation ging [2]), sondern auch die *bloß tradirte res mancipi* traf. Wenn Jemand eine res mancipi kauft und tradirt erhält, so bekommt er sie nicht ins quiritische Eigenthum, sondern nur in bonis [3]). Insbesondere in Betreff eines Sklaven knüpft sich daran die Frage, ob er ihm die Freiheit geben kann. Demjenigen, welcher an dem Sklaven das in bonis hat, steht die potestas über den Sklaven zu [4]); der Inhaber des nudum ius Quiritium hat die potestas nicht, und deßhalb bewirkt auch seine Manumission in Betreff des Sklaven

2) Nicht richtig sagt Puchta Curs. d. J. II. S. 677 von dem Satze der 12 Tafeln: „es mag eine Stelle gewesen sein, die von der Mancipation sprach.“ Vgl. auch Voigt ius natur. II. S. 543. Note 683.

3) Gai. II. 41.

4) Gai. I. 54: Ceterum cum apud cives Romanos duplex sit dominium (nam vel in bonis vel ex iure Quiritium vel ex utroque iure cuiusque servus esse intellegitur), ita demum servum in potestate domini esse dicemus, si in bonis eius sit, etiamsi simul ex iure Quiritium eiusdem non sit: nam qui nudum ius Quiritium in servo habet, is potestatem habere non intellegitur.

25 Nichts. Dagegen wer das in bonis hat, läßt den Sklaven wirklich frei, nur daß er ihm nicht die Civität zu geben vermag. Der Freigelassene wird vielmehr nur Latine [5]).

Wenn nun Jemand einen Sklaven kauft und sich ihn nicht mancipiren, sondern nur tradiren läßt, so muß, wenn die obige Behauptung von der Anwendbarkeit der 12 Tafel-Bestimmung auf den ganzen Kauf richtig ist, sein Rechtserwerb auch hier von der Preiszahlung oder Satisfaction abhängig sein. Daß dem in der That so sei, dafür gewährt schon das für die Mancipation Geltende einen Schluß. Falls die Mancipation verkaufter res mancipi in Betreff ihrer Eigenthum übertragenden Kraft die Zahlung oder Satisfaction voraussetzt, so muß für die Tradition verkaufter res mancipi in Betreff ihrer das in bonis gewährenden Kraft nothwendig dieselbe conditio iuris gelten. Danach kann auch ein Käufer des servus, den er bloß tradirt erhalten, vor erfolgter Zahlung oder Satisfaction, da er das in bonis am servus nicht hat, den servus noch nicht richtig freilassen, vielmehr nur ein factisches in libertate morari bewirken. Erst nach geschehener Preiszahlung oder Satisfaction vermag Käufer richtig (mit den Wirkungen, wie sie der bonitarische Eigenthümer überhaupt zu geben vermag, d. h. mit Latinitätsverleihung) freizulassen.

Dies wird ausdrücklich ausgesprochen in fr. 38 §. 2 de liber. causa (40. 12). In dem Fragment 38 ist von der libertas eorum mancipiorum die Rede, quae hac lege venissent ut post tempus manumitterentur. Mark Aurel hatte hier bestimmt, daß, wenn der Käufer dem nicht nachkäme, der Sklav dennoch frei sein solle [6]). Umgekehrt ist gerade für den Fall solcher aufgelegten lex die Frage besonders nahe liegend, ob der Käufer, wenn er die Freilassung bereits vor erfolgter Preiszahlung oder Satisfaction vornimmt, die lex schon in gehöriger

5) Gai. I. 17. I. 56. Ulp. I. 16.

6) Vgl. Walter R. R.G. §. 461.

Weise erfüllt habe. Auf diese Frage bezieht sich der §. 2 der 25
Stelle.

> Quaesitum est: an emtor servo recte libertatem dederit, nondum pretio soluto? Paulus respondit: servum, quem venditor emtori tradidit, si ei pro pretio satisfactum sit, et nondum pretio soluto in bonis emtoris esse coepisse.

Paulus will offenbar mit diesen Schlußworten die aufgeworfene Frage: an recte libertatem dederit bejahen. In Betreff des Weges, wie er zu diesem Resultat gelangt, bieten sich für die Erklärung der Stelle zwei Möglichkeiten. Die eine Erklärung ist diese: recte libertatem dare kann lediglich der quiritische Eigenthümer, der bonitarische, indem er den Freigelassenen nur zum Latinen macht, ertheilt sie nicht recte. Da nun aber Paulus doch deutlich hier die aufgeworfene Frage bejahen will, so scheint man gezwungen zu sein, auch in dieser Stelle (ähnlich wie in dem fr. 25 §. 1 de usufr.) eine Interpolation anzunehmen, indem Paulus statt tradidit geschrieben haben müsse: mancipavit. Danach wäre die Frage eine gleichartige, wie in dem fr. 25 §. 1 de usufr., nämlich in wie weit die Eigenthumsübertragung am servus durch die mancipatio (und also auch die Fähigkeit des Käufers zur Manumission) von der Preis-Zahlung oder -Creditirung abhänge. Paulus würde dann so antworten: indem durch die Mancipation gleichsam die formelle Seite, durch die Zahlung (oder an deren Stelle satisfactio) die materielle Seite der Frage erledigt ist, so hat der Käufer hier den Sklaven in das utrumque ius bekommen, sowohl ins dominium ex iure Quiritium wie in das in bonis [7]). Und zwar, da hier in Betreff der Manumission gerade das in bonis als Inbegriff der potestas in Betracht kommt, so hebt Paulus nur

7) Vgl. Gai. I. 54. (Note 4) „vel ex utroque iure cuiusque servus esse intellegitur". I. 41 „et in bonis et ex iure Quiritium tua res".

25 dies letztere hervor, und bejaht also damit, daß der Käufer trotz der nur erfolgten satisfactio die Freiheit recte ertheilt habe.

Diese Erklärung hat das Bedenkliche, daß sie eine Interpolation der Stelle annimmt, ohne doch aus der Stelle heraus die Nothwendigkeit derselben nachweisen zu können. Sie stützt sich ferner auf eine Voraussetzung, die doch wohl nicht richtig ist, nämlich daß vom bonitarischen Eigenthümer sich nicht sagen lasse, recte libertatem dat. Im Gegentheil muß man wohl anerkennen, daß wenngleich freilich solche Freilassung nicht so weitgreifende Wirkungen hat, wie die vom vollen quiritischen Eigenthümer ausgehende, indem sie nicht die Civität zu gewähren vermag, — doch der bonitarische Eigenthümer so gut wie er die ganze potestas hat, so auch die ganze libertas giebt.

Damit ist denn aber auch die andere Erklärung der Stelle von selbst gegeben. Im Gegensatz zu einer factischen Freiheitsgewährung vor erfolgter Preiszahlung resp. Creditirung, ist man vollberechtigt zu sagen, daß der Käufer des Sklaven nach stattgehabter Solution oder Satisfaction in der Lage sei, da er das in bonis hat, dem Sklaven recte die Freiheit zu ertheilen [8]). Wir verstehen dann also die Paulinischen Endworte: in bonis emtoris esse coepisse nicht von dem im utrumque ius noch immer unterscheidbaren Element des in bonis, sondern von dem technischen in bonis, d. h. dem bonitarischen Eigenthum. Diese Erklärung hat den Vortheil, einen vollkommen zutreffenden Sinn für die Zeiten des Paulus zu geben, und andererseits auch ins Corp. iur. zu passen, ohne daß wir eine Wortänderung der Compilatoren vermuthen müßten. Hiernach glaube ich diese zweite Erklärung unbedenklich vorziehen zu dürfen.

26 §. 26. (Usucapio pro emtore und Tradition von res nec mancipi.) — 3. Es wird heutzutage darüber

8) Vgl. auch den Gebrauch des Ausdrucks: recte manumittere fr. 4. §. 2. fr. 24 de manumiss. vind. (40. 2).

gestritten, ob beim titulus pro emtore die usucapio erst 26
beginne, nachdem der Käufer entweder den Kaufpreis bezahlt oder die dem gleichstehende Satisfaction u. s. w. prästirt habe. Nach dem Vorgange Unterholzners ist die bejahende Ansicht allerdings wohl als die herrschende zu bezeichnen [1]), aber es widersprechen noch neuerdings Manche [2]). Ich will auf die inneren Gründe, die der ersteren Ansicht schon von vorn herein das Wort reden, hier nicht weiter eingehen [3]). Vielmehr beschränke ich mich einstweilen auf die Frage, in wie weit dieser Punkt aus den Quellen beweisbar sei. Bekanntlich besitzen wir eine Stelle von Gaius [4]), in der er ohne alle Rücksicht auf analog liegende Fragen, nach einer lediglich die positive Willensmeinung des Prätors ins Auge fassenden Interpretation, für die Publiciana actio sich gegen das Erforderniß der Preiszahlung entscheidet. Gerade weil diese Stelle auf gar kein analog auch zur Usucapion passendes Argument hinweist, sondern lediglich sich auf die Fassung des Prätorischen Edictes beruft, — weil ferner es sich wohl begründen läßt, daß der Prätor hier absichtlich ein Anderes wollte, als wie es bei der Usucapion gelte [5]), — so sind die Gaiischen

---

1) S. insbes. Unterholzner Verj. I. §. 110. (in 2. Aufl. mit den Bemerkungen von Schirmer 1858). Göschen Vorl. II. 1. §. 260. Böcking Pand. II. §. 147 Note 45. v. Vangerow Pand. 7. Aufl. I. 2. S. 597.

2) Vgl. Stinzing bon. fides u. titulus (1852) S. 110 ff. v. Scheurl Beitr. II. S. 65. 66.

3) Vgl unten §. 60 bei Note 3.

4) fr. 8 de Publ. act. 6. 2: De pretio vero soluto nihil exprimitur. Unde potest coniectura capi, quasi nec sententia Praetoris sit, ut requiratur, an solutum sit pretium.

5) Uebrigens kann bei Anstellung der Publiciana actio vermittelst der exc. rei vend. et traditae, wenn dieselbe als replica gegenüber der exceptio dominii verwendet wird, dem Kläger doch wieder das Erforderniß der Preiszahlung entgegentreten. Fr. 4 §. 32 de doli exc. 44. 4. Si a Titio fun-

26 Worte wenig geeignet, um als Beweis für die Frage bei der Usucapion benutzt zu werden. Man hat aber ihr Gewicht noch besonders dadurch zu erhöhen gesucht, daß man das völlige Schweigen unserer Quellen in Betreff der Usucapionsfrage hervorhob. Stinzing sagt, man könne unmöglich für die Usucapion eine Voraussetzung aufstellen, „welche die Quellen in ihren sorgfältigsten Erörterungen nicht erwähnen und schon dieser Umstand würde als Grund genügen"; und auch Scheurl hebt hervor: „daß der pro emtore Usucapirende die Zahlung des Kaufpreises nachweisen müsse [6]), ist für die Usucapion selbst nirgends verlangt".

Ich muß demgegenüber behaupten, daß in dem angeführten fr. 38 §. 2 de liber. causa ein, wenn auch nicht directer, doch darum nicht minder bestimmter Hinweis auf das Erforderniß der Zahlung oder Satisfaction für die Usucapion enthalten ist. Die Stelle sagt: erst mit der Zahlung oder Satisfaction tritt für den Käufer der tradirten res mancipi *das in bonis* ein. Nun aber wird man doch gewiß zugeben, daß in Betreff der Zahlungs- und Satisfactionsfrage für verkaufte Sachen unmöglich ein Unterschied bestanden haben kann, je nachdem man sich eine Usucapion in Folge eines formell mangelhaften oder eines materiell mangelhaften Veräußerungsgeschäfts als beginnend denkt. Gaius hält allerdings diese beiden Gebiete der auf formell- und materiell-mangelhaften Erwerb gestützten Usucapion

---

dum *emeris*, qui Sempronii erat, isque tibi *traditus* fuerit *pretio soluto* ... Praetorem te tueri .. si ipse eum possideret, et *Publiciana peteres*, adversus excipientem: si non suus esset, replicatione utereris. fr. 72 de rei vind. 6. 1. fr. 2 de exc. rei vend. et tr. 21. 3.

6) Wenn die Zahlung Voraussetzung für die Usucapion war, so wird sie auch wahrscheinlich als ein *vom Usucapienten* zu liefernder Beweis aufgefaßt worden sein. An sich freilich läßt das Eine keineswegs nothwendig einen Schluß auf das Andere zu.

genau auseinander [7]), aber er weist doch mit vollkommener Be- 26
stimmtheit darauf hin, daß in beiden Gebieten nur ein einziges Institut der Usucapion vorliegt. Selbst wenn wir nun davon absehen, ob etwa die usucapio auf Grundlage formell-mangelhaften Erwerbes das historisch Aeltere gewesen sei, von dem das zweite Gebiet erst eine abgeleitete Fortentwicklung wäre [8]), ja auch wenn wir umgekehrt annehmen, daß die usucapio von Anfang an die Elemente beider Gebiete in sich gefaßt habe, so bleibt doch unsere Frage immer dieselbe. Indem wir aus dem fr. 38 §. 2 ersehen, daß im Fall des formell-mangelhaften Erwerbes das in bonis an der gekauften Sache, und also auch die damit zusammentreffende [9]) usucapio, erst mit der Zahlung oder Creditirung des Preises beginnt, so können wir unmöglich annehmen, daß beim materiell-mangelhaften Erwerbe, wenn non a domino die Sache gekauft ist, und nun nach Gaius etiam earum rerum usucapio nobis competit, die Sache sich in Betreff dieses Anwendungsfalles der usucapio anders verhalte.

Die Beweiskraft des fr. 38 §. 2 wird auch dann nicht aufgehoben, wenn man etwa die im vorigen §. verworfene Interpretation derselben billigt. Falls Paulus vom servus quem venditor emtori mancipavit redete, und also annahm, daß die Sache in Folge der Satisfaction et ex iure Quiritium et in bo-

---

7) Vom formell-mangelhaften Erwerbe: Gai. II. 41: „nam si tibi rem mancipi neque mancipavero neque in iure cessero, sed tantum tradidero, in bonis quidem tuis ea res efficitur, ex iure Quiritium vero mea permanebit, donec tu eam possidendo usucapias". Vom materiell-mangelhaften Erwerbe: Gai. II. 43: „ceterum etiam earum rerum usucapio nobis competit, quae non a domino nobis traditae fuerint.

8) Scheurl a. a. O. S. 31.

9) Gai. l. c. §. 41: in bonis quidem tuis ea res efficitur . . . donec tu eam possidendo usucapias.

26 nis emtoris esse coepit (wobei er nur das ex iure Quiritium als hier nicht weiter für die Argumentation von Wichtigkeit unerwähnt gelassen hätte), — so bleibt die Sache doch immer auf demselben Punkt. Der Beginn des in bonis hängt dann also nach des Paulus Ausspruch von der Zahlung oder Satisfaction ab, und das muß gelten, sowohl wenn das in bonis sich mit dem quiritischen ius vereinigt findet, als auch wenn es in Folge einer bloß tradirten res mancipi getrennt auftritt. Mit dem beginnenden abgetrennten in bonis beginnt aber auch die Usucapion, um in bonis und quiritisches Recht wieder zu vereinigen. Dieselben Voraussetzungen aber, die überhaupt den Beginn der Usucapion erzeugen, kommen auch zur Verwendung, wenn in Folge materiell-mangelhaften Erwerbactes der Sacherwerber nur als bonae fidei possessor durch die Usucapion die Möglichkeit des Eigenthumserwerbes vor sich sehen soll. —

Es stellt sich also damit als durch die Quellen bewiesen heraus, daß für den Beginn der Usucapion auf Grund des Kaufs die Zahlung oder Creditirung des Kaufpreises nothwendig ist. Hierauf weist auch noch[10]) eine andere Stelle hin. Freilich enthält dieselbe anderweite mit unserm Satze zusammengestellte Dunkelheiten, so daß sie als eigentlicher Beweis für letzteren nicht wohl gebraucht werden kann. Unerwähnt darf sie doch aber andererseits auch nicht bleiben.

Vat. Fragm. §. 1. (Qui a muliere) sine tutoris auctoritate sciens rem mancipi emit vel falso tutore auctore, quem sciit non esse, non videtur bona fide emisse

10) Vgl. außerdem den eigenthümlichen Fall des fr. 12 §. 7. 8. de captiv. 49. 15, in welchem die dem dominus noch zugestandene quasi usucapio („ius bonae fidei emtoris vetustissimum") ebenfalls auf der Voraussetzung ruht, daß der Kaufpreis bezahlt ist. Diese quasi usucapio kann durch Oblation des vom Usucapienten gezahlten Kaufpreises aufgehoben werden.

.... Labeo quidem putabat, nec pro emtore eum possidere .... Proculus et Celsus pro emtore, quod est verius..... Julianus propter Rutilianam constitutionem eum qui pretium mulieri dedisset etiam usucapere; et si ante usucapionem offerat mulier pecuniam, desinere eum usucapere. 26

Es ist nicht klar, was unter der Rutiliana constitutio zu verstehen sei[11]), und so kann man denn auch meinen, die erwähnte Preiszahlung als Voraussetzung der usucapio pro emtore sei etwas ganz neu von Rutilius speciell für diesen Fall Erfundenes. Und allerdings kann man es vielleicht vertheidigen, daß nach des Rutilius Bestimmung die Creditirung der Zahlung hier nicht gleichwirkend sein sollte. Wenn wir nun aber durch eine andere Stelle den Nachweis haben, daß überhaupt zur usucapio pro emtore Preis-Zahlung oder -Creditirung gehört, so paßt es jedenfalls sehr gut zusammen, daß wir in dem besonderen Fall der Rutiliana constitutio (was auch im Uebrigen ihr Inhalt gewesen sein mag), wenngleich nicht die Creditirung, doch wenigstens die Zahlung als Erforderniß dieses Falls der usucapio pro emtore festgehalten sehen. Das Erforderniß der Preiszahlung wäre danach nicht ein von Rutilius selbständig Erdachtes, sondern nur die, zugleich mit einer Beschränkung auftretende, Verwendung des allgemeinen von Alters her geltenden Rechtssatzes, und nur als eine Consequenz daraus erschiene die Schlußanwendung, daß die in diesem Fall zulässige Oblation des Preises (vgl. auch Note 10), die Usucapion wieder aufhebt.

4. In den Erörterungen unter 1—3 ist festgestellt, daß im Fall des Kaufs das dominium der mancipirten res mancipi, ferner das in bonis an der tradirten res mancipi, und

11) Eine Vermuthung stellt darüber auf Huschke Zeitschr. f. C. R. u. Pr. N. F. XIV. S. 20.

26 endlich die usucapio pro emtore von der erfolgten Preis-Zahlung oder -Creditirung abhängig ist. Schon durch historische Combination wird man danach zu dem vierten Satze geführt, daß auch bei der nec mancipi res vendita et tradita der Eigenthumsübergang von der Erfüllung der 12 Tafel-Bestimmung des §. 41 J. de rer. div. abhängig war. So erklärt sich am einfachsten, daß Justinian diesen Satz zur allgemeinen Regel seiner Compilation erhob. Auf dasselbe Resultat führt auch die oben bereits erwähnte Varronische Stelle [12]). Wer überdies annimmt, daß es eine Zeit gegeben haben werde, in der die (nicht in iure cedirte sondern nur) verkaufte und tradirte res nec mancipi nicht gleich ins Eigenthum des Käufers, sondern bloß in Usucapionsbesitz kam [13]), und daß erst später der Tradition hier die Eigenthumserwerbskraft beigelegt wurde, — der wird auch der Meinung sein, daß das nach Nr. 3 für den Usucapionsbesitz Geltende nachher bei der Erstarkung der Wirkung der Tradition sich nicht wohl ändern konnte. Zu diesen Gründen tritt entscheidend hinzu der oben im §. 16 aus den Fragmenten 12 §. 5 de usufr. und 43 §. 1 de Aedil. ed. für die res nec mancipi gegebene Nachweis, wonach die Geltung der 12

---

12) Varro de R. R. II. 1.: Quemadmodum quamque pecudem emi oporteat iure civili. Quod enim alterius fuit, id ut fiat meum, necesse est aliquid intercedere. Neque in omnibus satis est stipulatio aut solutio nummorum ad mutationem domini (dominii). d. h. bei manchen verkauften Sachen, nämlich bei den res nec mancipi, genügt (re tradita) zum Uebergange des Eigenthums die stipulatio aut solutio nummorum. Bei anderen Sachen, nämlich den res mancipi ist dies nicht genügend, indem diese eine mancipatio erfordern. — Daß hier in Betreff der res nec mancipi die Tradition subintelligirt wird, hebt auch mit Recht Puchta hervor Curs. der Inst. II. §. 236 s: „die Tradition setzt stillschweigend voraus Varro“.

13) Vgl. §. 24 Note 1.

Tafel-Bestimmung auch auf diesem Gebiete nicht zu bezweifeln 26
sein wird[14]). —

Ich habe hiemit den oben aufgestellten Satz gerechtfertigt, daß alle auf Grundlage[15]) des Kaufs vorgenommene Sachveräußerung, mogte daraus Eigenthum oder in bonis oder nur Usucapionsbesitz begründet werden, in Betreff des Beginns dieser Rechte des Erwerbers von der 12 Tafel-Bestimmung über Preis-Zahlung oder -Creditirung abhängt. Damit wird man denn aber auch annehmen dürfen, daß schon die Bestimmung der 12 Tafeln diesen ihren Satz — einen überdies in Betreff der Zahlung aus der „Natur" des Kaufs sich ergebenden — sicherlich von vorn herein für das ganze Gebiet des Kaufs vorgeschrieben haben wird, so daß er für alle, damals schon geltenden oder etwa später erst hinzugetretenen, Arten der kaufweisen Sachveräußerung zur Anwendung gebracht werden mußte.

---

14) Ich muß es danach der Zukunft anheimstellen, ob die Ankündigung Iherings gelingen wird (II. 2. S. 568), welcher „an einer anderen Stelle wahrscheinlich zu machen hofft, daß die Bestimmung der 12 Tafeln sich gar nicht auf res nec mancipi bezog".

15) Vergl. als Gegensatz die oben §. 8 gegebene Erörterung über die nicht „auf Grundlage" sondern nur „aus Veranlassung" eines Kaufs vorgenommene in iure cessio.

Sechstes Capitel.

Entwicklungsgeschichte der Mancipation. — Die ältere Gestalt.

27 §. 27. (Einleitung.) — Wenn man die Mancipation richtig erkannt haben will, so muß man zugleich ihr Verhältniß zum Kauf genau festgestellt haben. Zu diesem Zweck hat in den voraufgehenden Capiteln zunächst der Kauf nach verschiedenen Seiten hin Gegenstand der Untersuchung sein müssen. Wir sind jetzt so weit gediehen, wieder direct auf die Mancipation den Blick zurückwenden zu können.

In dem Bisherigen sind in Betreff der Mancipation folgende Resultate gewonnen worden. Die Mancipation ist von vorn herein anders construirt als die in iure cessio. Während letztere als eine lediglich den animus transferendi et accipiendi dominii voraussetzende Rechtsform erscheint, ist die Mancipation die formelle juristische Gestaltung eines materiellen Geschäfts, des Kaufs. Nun ist der Kauf ein Verhältniß, dessen natürlich-öconomischer Gehalt den Satz in sich faßt, daß das Sacheigenthum durch den auf Grund des Verkaufs erfolgenden Leistungsact nur in Folge der Preisempfangnahme übergeht, ein Satz, bei dem sich im Römischen Recht noch die satisfactio und das fidem sequi der Preiszahlung angeschlossen hat. In Gemäßheit dieses Satzes mußte nothwendig, — so gut wie das Eigenthum an

der verkauften und tradirten res nec mancipi, und wie die Usucapion pro emtore von dem Erfolgen der Preis-Zahlung oder 27
-Creditirung abhängig war, — ganz ebenso auch das in bonis an der verkauften und tradirten res mancipi und der Eigenthumserwerb an der verkauften und mancipirten res mancipi auf der Voraussetzung der geschehenen Preis-Zahlung oder -Creditirung ruhen. Wir haben dies denn auch durch deutliche Quellenstellen bestätigt gefunden.

Dies sind die Anknüpfungspunkte für die weiter in Betracht zu ziehenden Fragen. Es wird zu zeigen sein, daß die Gestalt und die Verwendungsweise der Mancipation im ganzen Lauf der Römischen Geschichte mit dem, was die Untersuchung bis hieher ergeben hat, in vollständigem Einklange steht.

§. 28. (Die auctoritatis actio.) — Wie erklärt es sich, daß die Mancipation, eine imaginaria venditio, 28
in ihrer Eigenthum übertragenden Kraft von der reellen Preiszahlung[1]) abhängig war?

Diese Frage muß von vorn herein erweitert werden. Auch die alte aus der Mancipation hervorgehende auctoritatis actio aufs Duplum wegen Eviction setzt voraus, daß der Preis gezahlt sei[2]).

Zwar meint Jhering (II. 2. S. 571)[3]) den Zusammenhang dieses Satzes mit der sonstigen Stellung der Mancipation läug-

1) Ich erwähne im Folgenden nicht immer die der Zahlung gleichstehende Creditirung. Nur soweit für sie im Gegensatz zur Zahlung noch wieder eigene Gesichtspunkte in Betracht kommen können, wird sie auch besonders hervorgehoben werden.

2) Paul. rec. sent. II. 17. §. 1: Venditor si eius rei, quam vendiderit, dominus non sit, pretio accepto auctoritatis manebit obnoxius; aliter enim non potest obligari. Daß hier die satisfactio der Zahlung gleichwirkend gewesen sei, ist nicht bezeugt. Vgl. übrigens §. 19 bei Note 2.

3) Vgl. auch III. 1. (1865) S. 132. 133. 200. 201.

28 nen zu können, indem er als Grund der Klage gar nicht die Mancipation annimmt, sondern in ihr „eine Anwendung der aufs Doppelte gerichteten Diebstahlsklage (furtum nec manifestum)“ glaubt finden zu dürfen. „Der Verkäufer hatte den Käufer um sein Geld gebracht“. Aber diese Ansicht ist nicht haltbar. Alsdann würde doch beim Verkäufer ein dem furtum entsprechender dolus vorausgesetzt werden müssen, was entschieden nicht der Fall ist, denn stets, wenn der „venditor dominus non est“ (wobei er ja aber im besten Glauben verkauft haben konnte), bleibt er „pretio accepto obnoxius“. Der specielle Grund der Klage ist nicht der Diebstahlswille, sondern das „Nichthalten der feierlichen (bei der Mancipation gemachten) Zusage der Gewähr“[4]) (cum nexum faciet mancipiumque uti lingua nuncupassit, ita ius esto). Schon der Name der Klage: auctoritatis actio steht der Jhering'schen Ansicht entgegen. Sie ist die Klage wegen des ius auctoritatis, des Rechtes, das durch usucapio befestigt und selbständig gemacht wird (usus auctoritas fundi biennium esto), und das man, so lange man noch nicht usucapirte, dem gegenüber haben muß, der als der Veräußerer und also „Bekräftiger“ der Stellung des emtor den technischen Namen auctor trägt[5]). Lediglich auf Grund der Veräußerung und der dabei gemachten Zusage wendet sich der Käufer bei dem Evictionsproceß gegen ihn zurück (auctorem laudat), schon im Legisactionenproceß fand dabei die besondere actio in auctorem praesentem statt[6]). Dies, daß lediglich die

4) Rudorff Zeitschr. f. gesch. RW. Bd. 14. S. 447. — Die Klage geht wohl nicht, wie Huschke vermuthet hat (Nexum S. 188 ff.), nur gegen den Läugnenden aufs Doppelte; s. Rudorff a. a. O. S. 417 ff.

5) Huschke a. a. O. S. 181.

6) Val. Prob. 4. „in legis actionibus haec: .... quando in iure te conspicio postulo anne fias auctor“. Der genauere Inhalt dieser actio in auctorem praesentem wird verschieden erklärt. Huschke a. a. O. S. 184. Rudorff S. 432.

Veräußerung (die Mancipation und die ihr sich anschließende Sachtradition) der Grund der Klage ist, wird denn auch ausdrücklich von Paulus bestätigt [7]), und dies zeigt sich ferner darin, daß aus der Mancipation gleich nach einer zwiefachen Richtung hin eine Klage hervorgeht, einerseits jene Klage wegen Eviction, andererseits die actio de modo agri [8]) wegen Zusagen über die Größe des Grundstücks. 28

§. 29. (*Art und Bedeutung des Imaginirens.*) — Also wir finden, daß, *wenn ein wirklicher Kauf vorlag*, er in doppelter Richtung mit der auf seiner Grundlage vorgenommenen Mancipation *juristisch* verknüpft ist, nach der Richtung des Eigenthumsüberganges hin und in Betreff der auctoritatis actio. Beide hängen von der reellen Preiszahlung ab. Die Mancipation selbst ist der Grund der auctoritatis actio, doch aber setzt, damit der venditor daraus obnoxius „bleibe", die Klage das pretium solutum voraus. Die Mancipation ist auch der Grund des Eigenthumsüberganges, doch aber fordert letzterer die Preiszahlung, und wenn diese (ohne vorgängige Creditirung oder *nach* solcher Creditirung, sobald letztere nicht als Zahlung wirkt) hinterdrein erfolgt, so wird der Eigenthumsübergang „ex postfacto" auf die Mancipation re- 29

7) Paul. rec. sent. II. 17. §. 3: Res empta, *mancipatione et traditione perfecta*, si evincatur, auctoritatis venditor duplo tenus obligatur. Mit Recht hebt Huschke a. a. O. S. 174 Note 260 hervor, daß auch in dem „manebit" der Stelle in Note 2 eine „Zurückbeziehung auf den Moment der geschehenen Mancipation" liegt. S. auch die Stellen bei Huschke S. 171. Note 258.

8) Paul. l. c. §. 4. Distracto fundo si quis de modo mentiatur, in duplum eius, quod mentitus est, officio iudicis aestimatione facta convenitur. Rudorff a. a. O. S. 417 ff. — Auch für die Anstellung dieser Klage wird wohl, obgleich es sich aus den Quellen nicht beweisen läßt, die Preiszahlung vorausgesetzt worden sein.

29 trotrahirt. Beides gilt noch zur Zeit der klassischen Juristen [1]).

Wie erklärt sich nun dieser juristische Zusammenhang zwischen dem wirklichen Kauf und der Mancipation, der imaginaria venditio? [2]) Eine Stelle des Gaius giebt uns darüber Aufschluß. Ich muß aber einige einleitende Bemerkungen vorausschicken.

Es ist schon anderweit bemerkt worden, daß der Mancipation in der Gestalt, wie sie in unseren Quellen uns entgegentritt, eine Zeit vorausgegangen sein werde, wo das Verkaufen wichtiger Sachen (vielleicht schon nach der Volkssitte mit gewissen Solennitäten verbunden, die man später zu juristischen Formen machte) in einem Acte geschah, der das wirkliche Abwägen des reellen Kaufgeldes in sich schloß [3]). Es ist aber ebenfalls schon mehrfach mit Recht besonders betont worden, daß, seitdem überhaupt die Mancipation als ein mit civilrechtlicher Autorität bekleideter, juristisch fixirter Rechtsact dasteht, die reelle Preiszahlung nicht mehr Bestandtheil des Mancipationsactes gewesen sein kann [4]). Ferner steht fest, daß die Mancipation als solenner **Rechtsact** schon existirte und daher gewiß auch in ihren Formalitäten wesentlich fixirt war, als die wirklichen Zahlungen noch (durch aes rude oder signatum) adpendirt wurden (vgl. §. 11). Die 12 Tafeln **bestätigen** die Manci-

1) Es ist also nicht richtig die oben §. 2 geschilderte Puchta-Ihering'sche Ansicht.

2) Gai. I. 119: „est autem mancipatio, ut supra quoque diximus, **imaginaria** quaedam venditio. §. 113: per mancipationem, id est per quandam **imaginariam** venditionem.

3) Vergl. die oben §. 2 mitgetheilte Huschke'sche Ansicht; ferner Danz Röm. Rechtsgesch. S. 200—203; s. auch das im §. 11 unter Nr. 2 über die Periode des aes rude Gesagte.

4) Huschke a. a. O. S. 6. 7. Keller Institut. S. 32: „die wirkliche Zahlung, die gar nicht in eine Solennität hineinpaßt".

pation als Rechtsact, also vor den 12 Tafeln muß sie bereits 29
als solcher bestanden haben[5]). Nun aber kann wohl nicht bezweifelt werden, daß im Römischen Münzwesen die Periode des gewogenen aes signatum die gesammte Zeit von Servius bis (ganz oder fast ganz) zu den 12 Tafeln eingenommen hat[6]). Also der vor den fünf Servianischen Volkszeugen ausgeführte Rechtsact der Mancipation hat (mit aes et libra) in einer langen Zeit (bis zu den 12 Tafeln) so bestanden, daß neben der Mancipation der wirkliche Kaufpreis zugewogen wurde. Wirkliches Zuwägen des Preises und solennes Zuwägen des rauduscalum gehen eine geraume Zeit der Römischen Geschichte hindurch gleichzeitig neben einander her.

Welcher Sinn läßt sich danach dem solennen Zuwägen des rauduscalum beilegen? Es lassen sich wohl überhaupt nur drei Meinungen denken:

1. Das solenne Zuwägen des rauduscalum wurde in die Mancipation genommen, um sie von der wirklichen Preiszahlung ganz abzusondern, also die Eigenthumübertragende Kraft der Mancipation festzustellen, ohne daß weiter nach der Preiszahlung

5) Vat. Fragm. §. 50 (ed. Mommsen): et mancipationem et in iure cessionem lex XII tab. confirmat. Anders liest jetzt (vgl. „Nexum" S. 9) Huschke: Iurispr. Antei. p. 616. 617.

6) Vgl. das oben §. 11 unter Nr. 3 über die Periode des aes signatum Angegebene. Daß die Zeit des gewogenen aes ein langes Stück der Römischen Geschichte eingenommen hat, zeigt die Art, wie die Quellen von ihr als der alten Zeit reden. Varro de L. L. V. 183: ab eodem aere pendendo dispensator et in tabulis scribimus expensum ... Per trutinam solvi solitum, vestigium etiam nunc manet in aede Saturni, quod ea etiam nunc propter pensuram trutinam habet positam. Festus v. dispensatores (p. 72) dicti, qui aes pensantes expendebant non adnumerabant. v. pendere poenas (p. 208); quod aere gravi (es müßte heißen: signato §. 11 Note 6) cum uterentur Romani, penso eo non numerato debitum solvebant. Huschke Nexum S. 19 Note 22.

29 gefragt wurde. Diese Ansicht ist vorher widerlegt worden. (Vgl. Note 1).

2. Oder man nimmt an, daß ursprünglich in der Mancipation, als sie bereits ein solenner Rechtsact war, das wirkliche aes adpendirt wurde, dem man dann später, als die Zahlung des gemünzten Geldes das Wägen hinwegräumte, in der Solennität der Mancipation das „symbolische" aes dare substituirte. Also früher enthielt danach die Mancipation wirklich das pretium, seit der Zeit der adnumerata pecunia war das raudusculum „pretii loco" d. h. es nahm den locus von etwas historisch Vergangenem ein, es war eine fortgetragene Reminiscenz früherer Zeiten [7]). Mit dieser Ansicht ist allerdings die richtige Auffassung vereinbar, daß auch bei diesem „symbolischen" aes dare der Eigenthumsübergang aus der Mancipation doch noch von Preis-Zahlung oder -Creditirung abhängig blieb. Aber der Ansicht widerspricht das vorher Bemerkte, daß wir bis zu den 12 Taf. ein Nebeneinanderstehen des wirklichen Geldwägens und des dare des raudusculum annehmen müssen. Wie aber soll man dazu haben kommen können, zu einer Zeit, als wirklich noch die Barren gewogen wurden, in der Solennität diesem Wägen das „symbolische" aes dare zu substituiren? Man wird auf diese Frage doch wohl nur das ebenfalls bereits Hervorgehobene (Note 4) zu antworten haben, daß nämlich das wirkliche

7) So faßt es z. B. Lange Röm. Alterth. (1856) I S. 115: „Wenn in späterer Zeit die mancipatio in der That, wie Gaius sagt, ein symbolischer Act ist, dem der thatsächliche Verkauf und die Uebergabe vorhergehen und folgen kann, so ist sie doch ursprünglich der wirkliche Verkaufsact gewesen, und das aes oder raudusculum, mit welchem der Käufer auf Befehl des libripens die Wage berührte, war nicht pretii loco sondern das pretium selbst; die Wage, welche der libripens hielt, diente eben ursprünglich dazu, die Barren, das aes grave" [muß heißen: aes rude oder signatum] „deren Stelle das raudusculum später vertritt, dem Verkäufer zuzuwiegen".

Preisleisten mit allen seinen genaueren Berechnungen und Verhandlungen gar nicht in die Solennität paßt. Mit dieser Antwort aber wird man denn auch weiter zurückgetrieben. Die Annahme nämlich, daß ursprünglich die wirkliche Preiszahlung Stück der schon als solenn-civiler Rechtsact fixirten Mancipation gewesen sei, ist überhaupt nur eine durch Nichts beglaubigte Vermuthung. Giebt man aber einmal zu, daß zu irgend einer späteren Zeit die Zahlung selbst nicht in die Mancipation paßte, so ist dann auch nicht einzusehen, warum man nicht anerkennen müßte, daß die Römer schon von Anfang an, seit überhaupt die Mancipation zu einem civilen Rechtsacte erhoben wurde, die reelle Zahlung mit der Mancipationssolennität für unvereinbar gehalten haben werden. 29

3. Hiemit wird man zu der dritten Ansicht geführt, der allein zu rechtfertigenden. Das solenne aes dare in der Mancipation ging lange Zeit neben der wirklichen Preisabwägung her, es hat gar nicht die Bedeutung, daß es historisch an dessen Stelle getreten wäre. Diejenige Bedeutung aber, die ihr wirklich inwohnt, hat es immer gehabt und behalten, so lange überhaupt bei den Römern die Mancipation als civiler Rechtsact in Gebrauch gewesen ist. Diese Bedeutung hat sich gar nicht geändert, als seit den 12 Tafeln die Preiszählung an die Stelle der Preiswägung trat, und das, was Gaius über diese Bedeutung berichtet, gilt so gut für seine Zeit wie für die Zeiten vor den 12 Tafeln.

Die reelle Preiszahlung ist ihrer „Natur" nach ein Geschäft, bei dem, mag das recipirte Geld bestehen woraus es will, freie Verhandlungen der Parteien nie ausbleiben können. Als das Tauschmittel aus pecus bestand, wird der Verkäufer (wenn man ihn schon so nennen will, vgl. §. 11 Nr. 1) auch nicht jedes Rind oder Schaaf unbesehen angenommen haben. Beim Wägen des aes rude und signatum wird der Verkäufer wahrlich nicht

29 geschwiegen haben, wenn ihm etwa falsches Metall zugewogen werden sollte. Beim späteren gezählten Gelde konnte der Verkäufer sicherlich falsches Geld zurückweisen. Das ist Gegenstand *freier Parteiverhandlung* und wird es stets bleiben. Den Römern konnte es nie in den Sinn kommen, sie in die civilistisch-strengen Formen des Mancipationsactes zu zwängen. Erst wenn die Parteien über das gebotene Geld einig geworden sind, beginnt der Zeitpunkt, *dieses beiderseitige Zufriedensein* mit der angebotenen und genommenen Zahlung civilistisch vor den quinque testes cives Romani zu constatiren. Ueber solchen wichtigen Rechtsact, wie er bei der Mancipation in Frage kommt, bedarf es einer Feststellung, daß Alles in gehöriger Ordnung erfolgt und zu Ende gebracht sei. Für solche Feststellung, wie sie heutzutage z. B. durch Abfassung eines richterlichen Protokolls gewonnen werden würde, greift man im alten Rom zu Zeugen, die als Repräsentanten des Volks dem Act das civirechtliche Siegel aufdrücken. Aber was soll denn besiegelt werden? Die fünf Zeugen haben nicht danach zu fragen, was hier geschuldet werde, und was im Wäggeschäft darauf wirklich gezahlt worden sei. Die Zeugen haben nur zu constatiren, daß die Parteien vor ihnen das Erledigtsein der Zahlung zu erkennen geben. Hier aber bringt es der Charakter des alten Rechts mit sich, daß nicht etwa von den Parteien beliebige formlose Erklärungen abgegeben, und diese dann zu Papier gebracht würden, sondern das materielle Rechtsgeschäft selbst wird im solennen Acte vor den Zeugen *körperlich nachgebildet*, es wird in der Solennität die *imago* des materiellen Geschäfts gegeben, und indem durch das Aussprechen bestimmt vorgeschriebener Worte einerseits und das stillschweigende Consentiren andererseits die Parteien deutlich ihren Willen erklärt haben, so ist nun die *civilrechtliche Verkörperung* hergestellt, deren es bedarf,

um die civilrechtlichen Wirkungen, die das Geschäft haben soll, 29
als genügend begründet erscheinen zu lassen.

Das solenne per aes et libram gerere in der Mancipation ist nicht das traditionell-symbolische Erinnerungszeichen, daß früher in der Mancipation der Preis selbst zugewogen worden wäre, sondern es ist civilistische Verbildlichung, imaginäre Reproduction des materiellen Geschäfts der Geldzahlung auf Grundlage deren der Sacherwerb mit bestimmten Rechtswirkungen verknüpft sein soll.

Vollständig ergiebt sich dies aus der Darstellung des Gaius.

> I. 122: Ideo autem aes et libra adhibetur, (also der Grund des aes dare auch noch zu Gaius Zeit liegt darin:) quia olim aereis tantum nummis utebantur; et erant asses, dupondii, semisses et quadrantes, nec ullus aureus vel argenteus nummus in usu erat, sicut ex lege XII tab. intellegere possumus; eorumque nummorum vis et potestas non in numero erat, sed in pondere (aliquo aeris) ...... qui dabant olim pecuniam, non adnumerabant eam sed appendebant.

Gaius hebt eben vorher §. 119 hervor:

> is qui mancipio accipit rem, aes tenens ita dicit ..... deinde aere percutit libram idque aes dat ei, a quo mancipio accipit, quasi pretii loco[8]).

Gaius sagt also in diesen Stellen durchaus nicht, daß olim das appendere des aes Stück der Mancipation gewesen, und dann, als dies abgekommen, an dessen Stelle das „symbolische" aes dare getreten sei. Er sagt vielmehr: a) der Sacherwerber giebt noch heutzutage das aes veluti oder quasi pretii loco d. h. er giebt es bildlich oder imaginär an Stelle der Preiszahlung. Dies Nachbilden der Preiszahlung durch das aes ist also unverän-

8) Vgl. Gai. II. 104: idque aes dat testatori velut pretii loco. III. 174: eumque dat ei a quo liberatur veluti solvendi causa.

29 dert dasselbe geblieben, es hat keine andere Bedeutung gehabt, als man den wirklichen Preis (vor den 12 Tafeln) durch Abwägen zahlte, und als man ihn (seit den 12 Tafeln) adnumerirte. Das aes dare „vertritt gleichsam", es „imaginirt" ein für allemal die Zahlung. b) Die Art aber, wie diese Nachbildung vorgenommen wurde, erklärt sich aus den alten Zeiten (vor den 12 Tafeln), in denen man den wirklichen Preis abwog. Indem man nämlich (als Stück der civilistisch fixirten mancipatio) das Zahlen bildlich darstellen wollte, mußte man natürlich das Wägen nachbilden, also aes et libra adhibiren; und dies Adhibiren der aes et libra, als einmal festgestellter Bestandtheil der Mancipationssolennität, hat sich denn auch nicht wieder verändert, als das pretium selbst nicht mehr adpendirt, sondern adnumerirt wurde.

Also wir müssen unterscheiden die Art und die Bedeutung des Imaginirens. Die Art desselben paßte an sich nicht mehr auf die Zeiten des Gaius, sie erklärt sich aus der Vergangenheit, der Zeit des Bestehens der Mancipation vor den 12 Tafeln. Die Bedeutung aber des Imaginirens ist unverändert die, daß damit in der Solennität die nebenhergehende Preiszahlung vertreten wird.

Gaius irrt nun allerdings in seiner Ausführung in einem Punkte. Er (wie auch andere Schriftsteller des Alterthums) nimmt fälschlich an, daß für die Zeit als das aes gewogen wurde, bereits die Münzen (asses, dupondii etc.) des aes grave bestanden hätten. Mommsen hat diesen Irrthum in einer wohl nicht umzustoßenden Weise dargethan [9]). Aber die Bedeutung des aes dare in der Mancipation ist eine hiervon völlig verschiedene Frage. Bei der Wichtigkeit der Mancipation darf man annehmen, daß es den Römern eine allbekannte und nie mißverstandene Sache gewesen ist, welche Stellung das aes

9) Mommsen Gesch. des R. Münzw. S. 194 Note 76. Hultsch Metrol. S. 195 Note 25.

dare zu den alten Zeiten des gewogenen Kaufpreises einnehme. 29
Das Zeugniß des Gaius darüber wird also auch als ein voll- –
gültiges zu betrachten sein.

§. 30. (Charakter des imaginären Rechtsge- 30
schäfts). — Wir sind hiemit in den Stand gesetzt, uns vergegenwärtigen zu können, was die Römer in Wahrheit ursprünglich unter dem imaginären Rechtsgeschäft verstanden haben. Der Kauf als solcher soll für bestimmte Sachen (res mancipi) zu einem civilrechtlichen, mit besonderen Wirkungen verknüpften Rechtsacte erhoben werden. Wie vermag sich die Rechtsanschauung des alten Roms das nur zu denken?

Offenbar müssen alle Hauptmomente des reellen Kaufs in der Solennität ihren locus finden, sonst kann jenes Kaufverhältniß nicht als in die Sphäre des civilen Rechtsschutzes erhoben gelten. Die Mancipation bietet das volle Bild des Kaufs in seiner naheliegenden Gestalt (Zug um Zug; s. §. 13) dar[1]), nur daß bei dieser Einfügung in die juristische Form das Ganze nach Römischer Eigenart vom Standpunkte des Käufers aus aufgefaßt wird.

1. In Betreff der Sache läßt sich dieser Satz allerdings quellenmäßig nicht völlig beweisen, aber doch, wie ich denke, im höchsten Grade wahrscheinlich machen. — Es ist ein Erfassen der Sache nöthig. Gai. I. 121: Adeo quidem, ut eum (qui) mancipio accipit, adprehendere id ipsum, quod ei mancipio datur, necesse sit; unde etiam mancipatio dicitur, quia manu res capitur (Isidor. Orig. V. 25).

1) In nicht zu billigender Weise nimmt Huschke an, daß die Grundidee der Mancipation lediglich die war, daß man einen Eigenthumserwerb an der res mancipi gewähren wollte; s. oben §. 2. — Von der Anschauung aus, daß die mancipatio das zur civilistischen Perfection gebrachte Kaufgeschäft ist, sagt Plinius H. N. 33. 13: qua consuetudine in his emtionibus, quae mancipii sunt, etiam nunc libra interponitur.

30 Es ist wohl zu beachten, daß dies ein capere genannt wird. Nicht um ein bloßes Betasten, Anfassen, Nehmen zur augenblicklichen Rückgabe handelt es sich; es findet ein Sachbemeistern zur definitiven Rechtserlangung statt, wie dies noch sonst in dem „ex hostibus capere, omnia quae terra mari coelo capiuntur, usucapio“ hervortritt [2]). Also der die Ergreifung geschehenlassende Mancipant läßt die Sache den Erwerber nicht so ergreifen, daß dieser die Sache ihm gleich wieder aushändige (non videtur quis capere, quod est restituturus), sondern es liegt in der Mancipation ursprünglich wirkliche Sachtradition als factische Voraussetzung [3]), wonach denn auch die Mancipation ganz mit Recht in Bezug auf die Sache eine nexu traditio genannt werden konnte [4]). Das capere der Sache, wie es Bestandtheil der Solennität geworden ist, enthält das Bild (imago) des Wirklichen.

Etwas hiemit freilich nicht Zusammenpassendes ist der Umstand, daß man bei Mancipationen von Grundstücken gar nicht bei der Sache gegenwärtig zu sein brauchte. Aber dies hat of-

2) Fr. 71 de V. S. 50. 16: Aliud est capere aliud accipere; capere cum effectu accipitur, accipere et si quis non sic accipit ut habeat, ideoque non videtur quis capere, quod est restituturus. Meine Studien III. S. 100. Einen noch näheren Zusammenhang zwischen dem manu capere und dem ex hostibus capere nimmt Böcking Pand. I. §. 73. g. an.

3) Sehr richtig sagt Huschke Nex. S. 202 „die traditio im Verhältniß zum mancipium — die erstere im letzteren nicht formell, aber materiell als ihr natürliches Moment enthalten“; und macht darauf aufmerksam, daß deßhalb unmöglich aus der Mancipation eine Klage auf Sachtradition hervorgehen konnte. S. 179.

4) Cic. Top. 5. 28. Nexus hat hier einfach die Bedeutung mancipatio (Boethius ad h. l. abalienatio per quandam nexus solennitatem ... nexu abalienabantur). (Gezwungen ist Huschke's Erklärung S. 41. 42). Vgl. noch Cic. Parad. 5. 1. 35. mancipia, quae sunt facta dominorum nexu.

fenbar auch schon Gaius als ein Abweichen von der alten Gestalt 30
der mancipatio aufgefaßt; denn, wenn er sagt, daß das capere ein nothwendiger Bestandtheil der Mancipation sei (necesse sit), und daß davon die ganze Mancipation als ihrem bezeichnendsten Stück den Namen trage, so liegt darin doch zugleich, daß die Mancipation der fundi in Abwesenheit vom Grundstück eine spätere Abweichung enthält. Es ergiebt sich also hier als eine Alternative die Annahme: entweder, daß die Mancipation sich ursprünglich nur auf bewegliche Sachen bezogen hat und erst später auf Grundstücke (und hier dann gleich ohne Erforderniß der Anwesenheit) übertragen worden ist, oder (was wohl wahrscheinlicher ist) daß Grundstücksmancipationen in Abwesenheit von der Sache erst eine spätere Sitte waren (Gai. l. c. praedia vero (in) absentia solent mancipari).

Jedenfalls wird für die alte Zeit, wenngleich die Quellen dies nicht direct bezeugen, die Sachtradition als mit der Mancipation verbunden zu betrachten sein [5]). Indem sie sich im Lauf der Zeit davon getrennt hat, ist dies in anderer Weise geschehen, als auf der entgegengesetzten Seite sich die Preiszahlung vom solennen aes dare getrennt hat. Nicht wie der Eigenthumsübergang noch immer von der reellen Preiszahlung (oder Satisfaction) als seiner Voraussetzung oder iuris conditio abhängig blieb, ist er auch mit der factischen Sachtradition in juristischer Verbindung geblieben. Die Tradition hat sich von der Manci-

5) Die Zeugen hatten gewiß von vorn herein darauf zu sehen, daß nur in re praesenti eine Mancipation vorgenommen werde, bei welcher dann das capere des Erwerbers von selbst sich auch als Besitzwille gestaltete. Bei beweglichen Sachen insbesondere mußte noch darauf gesehen werden, daß nicht mehr mancipirt werde (Ulp. 19. 6), als sich auf einmal erfassen ließ. Bei der Mancipation von Grundstücken (unter Voraussetzung der letzteren Seite jener vorher erwähnten Alternative) mußte man sich um so mehr vergewiswissern, daß man sich im Grundstück befinde.

30 pation völlig abgelöst[6]), und das ist sehr erklärlich, da schon factisch die Verkehrsinteressen gar nicht die Garantieen in Bezug auf die Sachleistung wie für die Preiszahlung verlangen, und da auch andererseits kein solches positives juristisches Hinderniß entgegenstand, wie es in Betreff der Preis-Zahlung oder -Creditirung die ausdrückliche Bestimmung der 12 Tafeln darbot.

2. Was in Betreff der Sachleistung aus den Quellen sich nicht mehr direct constatiren läßt, kann jedenfalls in Betreff der Preisleistung mit voller Bestimmtheit ausgesprochen werden. Der Erwerber hat dem Mancipanten gegenüber, in Gegenwart der Zeugen und des Libripens, sein aes in der Hand (aes tenens); er wird, sei es vom Verkäufer (Keller) sei es vom Libripens (Rudorff), aufgefordert, das aes an die Wage klingen zu lassen (rauduscula libram ferito), also das wirkliche Abwägen des reellen Geldes, wie es in der alten Zeit nöthig war, in Betreff des rauduscuIum auch in der Solennität nachbildend (imaginär) darzustellen[7]). Der Erwerber deinde aere percutit libram,

6) Wenn Puchta Curs. d. Inst. II. §. 238. n. sagt: „ein Besitzerwerb ist mit der Mancipation nicht verbunden, die Tradition ist ein davon ganz verschiedener Act" (vergl. auch Schmidt in Bekker und Muther Jahrb. III. S. 248 Note 3), so hat er allerdings für die spätere Zeit vollkommen Recht, aber als Gesammtdarstellung des Wesens der Mancipation ist dies ebensowenig zutreffend, wie das von ihm behauptete „gänzliche Abgesondertsein" des wirklichen Verkaufs von der Mancipation.

7) Auch das Abwägen mußte einen locus in der Mancipation haben (aes et libra adhibetur), sonst wäre ein wesentliches Stück der ganzen Handlung ausgelassen gewesen. — Ihering S. 565 erklärt dies Anklingenlassen an der Wage für das Prüfen des Tones und Klanges zur Constatirung der Aechtheit. Wohl hat schon Jedermann „gesehen, daß man Geldstücke zweifelhafter Aechtheit am Klange prüft". Richtig; aber was soll die Prüfung der Aechtheit bei dem Erzstückchen, von dem von vorn herein feststand, daß es nur die imago des Wirklichen sei? — Ueber die Sitte, das wirkliche Zahlgeld (den Denar) durch den Klang zu probiren: Mommsen Gesch. d. R. Münzw. S. 387 Note 67.

und übergiebt (dat [8])) schließlich das aes dem Mancipanten, der 30
durch seine schweigende Annahme Alles genehmigt. Hier sind also alle Theile der alten Geldzahlung genau auseinandergelegt, die *mancipatio enthält die volle imago der reellen Preiszahlung*. Und was kann das lediglich bedeuten?

Die reelle Preiszahlung kann, wie wir sahen, nicht in dem solennen Acte vorgenommen werden [9]); um also als Theil des civilen Rechtsactes zu erscheinen, muß sie in allen ihren Elementen im solennen Acte präcisirt und imaginirt werden. Wenn heut-

8) Der Käufer muß *Eigenthum* am Gelde übertragen, fr. 11 §. 2 de act. emt. 19. 1. „emtor autem nummos venditoris facere cogitur“. Also auch das imaginäre Leisten des aes muß ein dare sein; aber das aes dare geschieht nicht um seiner selbst willen, sondern immer in Hinblick auf das wirkliche pretium, das es „velut“ oder „quasi“ darstellen soll. Gai. I. 119. II. 104.

9) Besonders deutlich erhellt dies noch aus Folgendem. In der Mancipationsformalität findet nicht ein Abwägen des aes, sondern nur ein Anschlagen an die Wage statt, und daß dies auch in alter Zeit nicht anders war, zeigt Varro (de L. L. V. 163), der besonders hervorhebt, daß bei den Alten in Betreff dieses Anschlagens eine (von Gaius gar nicht mehr erwähnte) Aufforderung als Stück des Mancipationsactes stattfand (aes raudus dictum, ex eo veteribus in mancipiis scriptum: „rauduscule libram ferito“). Also die Mancipation soll kein sklavisches Nachahmen des Abwägens sein, denn man hat gar nicht die Absicht, den Schein zu erwecken (zu simuliren), als wenn in der Mancipation eine wirkliche Zahlung (durch Abwägen) statt fände. Vielmehr sollen in der Mancipation die einzelnen Momente der Zahlung nur articulirt und körperlich angedeutet werden, und dazu genügt vollständig das An- oder Aufschlagen des Stückchen Erz auf die Wage. Findet aber überhaupt in der Mancipation kein wirkliches Abwägen des rauduseulum statt, so kann noch vielweniger die Mancipation in der Periode des Wägens des aes signatum (zwischen Servius und den 12 Taf.) für die wirkliche Preiszahlung einen Platz gehabt haben. Für die Zeit nach den 12 Taf. ist dies in Betreff der Zahlungen, die in der unter Staatsautorität circulirenden Münze (dem aes grave) erfolgten, ohnehin klar.

30 zutage für eine gewisse reelle Leistung schriftliche Fassung des Rechtsgeschäfts vorgeschrieben ist, und gewisse Rechtswirkungen erst an die schriftliche Aufsetzung geknüpft sind, so wird man in die Urkunde eine genaue Verzeichnung des Actes aufnehmen. Gleichartig wird im alten Rom der wirkliche Kauf, wenn er streng civilrechtliche Wirkungen haben soll (also insbesondere auch die Zahlung) in allen seinen Einzelnheiten vor den quinque testes cives Romani puberes gleichsam zu Protokoll gegeben. Nicht um die wirkliche Zahlung zu ersetzen und unnöthig zu machen, sondern umgekehrt um die reell vorgenommene solenn abzuspiegeln, wird das aes gegeben. Das quasi pretii loco gegebene aes ist die civilrechtliche imago des reell geleisteten pretium.

Gaius sagt ausdrücklich, daß das aes den locus des pretium einnimmt. Also es spiegelt rein den natürlich gegebenen Kauf und die alten Zeiten des gewogenen Geldes ab. Als die Zeiten sich änderten und das wirkliche pretium nicht mehr adpendirt, sondern adnumerirt wurde, als ferner durch positive Gesetzgebung (nach der obigen Entwicklung erst durch die 12 Tafeln) die satisfactio dem pretium-Leisten gleichgestellt wurde, konnte die einmal mit bestimmten Rechtswirkungen versehene imago der Mancipation dadurch unmöglich eine Aenderung erleiden. Es ließ sich nicht daran denken, nun etwa wieder das adnumerirte pretium oder etwa gar die satisfactio zu imaginiren, sondern aes et libra sind unverändert immer die imagio des pretium von olim geblieben, mogte nun seitdem das wirkliche pretium als gemünztes Geld auftreten, und mogte es reell geleistet oder nur creditirt werden. So wie zunächst die imago des aes mit dem wirklichen alten pretium juristisch zusammenhängt, indem der Eigenthumsübergang außer dem Mancipationsacte die wirkliche Leistung (gleichviel einstweilen, ob vorgängige oder nachfolgende) voraussetzt, so ist der Rechtssatz auch unter den veränderten Verhältnissen geblieben. Also das Eigenthum geht auf Grundlage

der Mancipation und des darin liegenden aes dare über, wenn 30
außerdem auch das (jetzt in pecunia numerata bestehende) wirkliche Kaufgeld gezahlt oder in gehöriger Weise creditirt ist. Sollte übrigens diese Creditirung aus besonderen Gründen nicht wirken können (wie in dem oben §. 16 und 17 erörterten Falle), so geht auch trotz der erfolgten satisfactio das Eigenthum doch erst in Folge der reellen Zahlung über und wird dann auf die frühere Mancipation retrotrahirt.

Hiernach ist der Römische Rechtsgedanke nicht zutreffend geschildert, wenn Huschke, der an einer anderen Stelle einen unsere Frage betreffenden völlig richtigen Satz[10]) aufstellt, im „Nexum" S. 40 sich folgendermaßen ausspricht. „Nur durch teste populo zugewogenes Erzgeld vollzogen, konnte die Mancipation der Aufgabe, einen publicistischen Erwerb zu bilden, genügen: man würde nicht etwa auch Eigenthum einer res mancipi erworben haben, wenn man darüber zuerst einen Kauf, sei es auch in Erzgelde abgeschlossen, und darauf die Sache aus diesem Grunde, etwa mit gestundetem Kaufgelde, mit der Hand ergriffen hätte; denn soll bei dem publicistischen Erwerbe, wie wir es erfordert haben, das publicistische Geld den Grund der Auslösung der Sache von dem bisherigen Eigenthümer und des Ueberganges des habere licere auf den Erwerber bilden, so muß es ja auch dem Anderen gegeben sein und einen integrirenden Theil der ganzen den Eigenthumswechsel bewirkenden Handlung ausmachen." Hiernach gewinnt es den Anschein, als wenn stets nach geschehener Stundung und in der Mancipation erfolgtem imaginären aes dare das Eigenthum übergehen müßte, was doch, wie wir gesehen haben, nicht der Fall ist. Und überhaupt tritt in dieser Darstellung die gar nicht erwähnte reelle Geldzahlung zu sehr zurück. Das „publi-

10) Siehe die oben §. 2 Nr. 2 aus der Schrift Flav. Syntrophi instr. don. mitgetheilte Stelle.

30 cistische" Geld ist loco des wirklichen pretium, die Mancipation ist das civilistische Kleid des wirklichen Kaufs. Nicht aus sich selbst heraus hat das imaginäre aes dare, mit „etwa" noch hinzutretender Stundung, die eigenthumübertragende Kraft. Es hat, als die civilrechtliche Form, diese Kraft an sich und ursprünglich auf Grundlage des reell geleisteten pretium, und es ist schon eine Weiterbildung der Gesetzgebung, daß diesem reellen pretium eine gewisse Art der satisfactio als gleich wirksam untergeschoben worden ist[11]).

Durchaus aber im Widerspruch mit der richtigen Bedeutung des imaginären aes dare würde es stehen, wenn man, wie neuerdings versucht worden ist[12]), das imaginäre Zahlen dem reellen gegenüber auf den Begriff entweder einer Fiction der wirklichen Zahlung[13]), oder einer die wirkliche Zahlung bei Seite schiebenden praesumtio iuris et de iure zurückführen wollte. Für die bis jetzt besprochene ursprüngliche Gestalt des Imaginären paßt dies jedenfalls nicht, aber auch nachdem das ursprüngliche Recht Umbildungen erfahren hat, werden diese, wie sich zeigen wird, doch wiederum anders zu erklären sein.

31 §. 31. (Vorgehen oder Nachfolgen der Zahlung

---

11) Jener Huschke'sche Satz würde also folgendermaßen gefaßt richtig werden: „soll bei dem publicistischen (besser: civilrechtlichen) Erwerbe das Geld den Grund der Auslösung der Sache u. s. w. bilden, so muß es sowohl reell dem Anderen gegeben sein (oder etwa die Stundung muß die reelle Zahlung ersetzen können), als auch in der Gestalt des einmal recipirten aes einen integrirenden Theil der ganzen den Eigenthumswechsel bewirkenden solennen Handlung ausmachen". — Huschkes Auffassung entspringt aus seiner schon erwähnten Ansicht, daß der eigentliche Grundgedanke der Mancipation nicht Kauf, sondern Eigenthumserwerb sei.

12) Vgl. Fitting Correalobl. S. 47. Hier ist freilich nicht von der Mancipation, sondern von der imaginaria solutio die Rede. Doch wird man gewiß, was man für letztere behauptet, auch für jene gelten lassen wollen.

13) S. Gneist formelle Vertr. S 124 (vgl. oben §. 3).

bei der Mancipation). — Noch zwei besondere Fragen 31
sind an dieser Stelle zu erörtern. Die erste ist die: mußte bei dieser älteren Gestalt der Mancipation die reelle Preiszahlung (oder die ihr substituirte Satisfaction) der Mancipation vorausgehen, oder folgte sie ihr nach?

Keller (der aber überhaupt keinen festen juristischen Zusammenhang zwischen der wirklichen und imaginirten Zahlung annimmt[1]) entscheidet sich (a. a. O. S. 30) für das Letztere: „auf die feierliche Handlung mag wohl ursprünglich unmittelbar die wirkliche Zahlung des Kaufpreises (möglich dann auch die Regulirung desselben durch besonderes Rechtsgeschäft) gefolgt sein."

Ein ganz sicheres Quellenzeugniß läßt sich in Betreff der älteren Zeit zur Widerlegung dieser Ansicht allerdings wohl nicht auffinden, aber nichtsdestoweniger ist sie durchaus unwahrscheinlich. Ich hebe hier nochmals besonders hervor, was freilich schon in der Fragstellung liegt, daß ich lediglich von der auf Grundlage eines wirklichen Kaufgeschäfts vorgenommenen Mancipation, bei der ja allein, wovon auch Keller spricht, ein wirklicher Kaufpreis besteht, — also daß ich von den emtiones, quae mancipii sunt (§. 30 Note 1), spreche. Als später die Mancipation auch bei anderen materiellen Veräußerungsgeschäften (Schenkungen u. s. w.) Verwendung gefunden hat, stellt sich für diese anderen Geschäfte die Frage von der Preiszahlung völlig anders. Es wird davon in dem folgenden Abschnitt die Rede sein.

Rücksichtlich der emtiones quae mancipii sunt, liegt unsere Frage für die früheren und späteren Zeiten ganz gleich.

1) Vgl. oben §. 2 Nr. 1. — Richtig kann man es verstehen, wenn Keller die Mancipation die „Form des Kaufes" nennt, aber dies wird doch wieder dadurch beeinträgt, daß Keller ursprünglich „den ganzen Kauf" in der Mancipation aufgehen läßt. Wäre die Mancipation wirklich der ganze Kauf, so müßte auch die materielle Zahlung Stück des Solennitätsacts sein.

31 Nachdem sich ergeben hat, daß auch noch in der klassischen Zeit die wirkliche Kaufpreiszahlung mit der Mancipation in *juristischem* Zusammenhange steht, ist es auch für die späteren Zeiten unwahrscheinlich, daß eine Mancipation (was doch offenbar Keller annimmt) hätte stattfinden können, ohne daß über die wirkliche Preiszahlung irgend etwas verhandelt worden wäre, so daß diese Zahlung beliebig erst hinterdrein hätte nachfolgen können. Ja es ist sogar bedenklich, auch für die früheren Zeiten eine *sogleich*, aber doch immer nachfolgende Zahlung oder Creditirung zuzugeben.

Nach der Entwicklung des §. 30 ist das Zeugesein der quinque testes cives Romani keineswegs als eine den Parteien den Rechtsact lediglich erschwerende Solennität aufzufassen, sondern der Act ist civilistische Constatirung des materiellen Geschäfts. Die Zeugen sollen auf Grundlage der Parteihandlungen feststellen, daß in Betreff dieses Geschäfts materiell Alles in Ordnung sei, und gerade indem dies civilistisch constatirt wird, so erklärt sich, daß auch bestimmte civilrechtliche Wirkungen aus dem Rechtsacte hervorgehen. Also dies führt zu der Annahme, daß, als regulärer Hergang, bei vorliegender Sache die wirkliche Zahlung vor den Zeugen erfolgte, und *nachdem* sich der Verkäufer dadurch für befriedigt erklärt, an das materiell erledigte (formlose) Geschäft der Act der Mancipation als juristische Perficirung des materiellen Geschäfts sich sogleich anknüpfte. Die fünf Zeugen sind mithin nicht bloß als Solennitäts-Zeugen des imaginären Actes zu denken, *sie sind zugleich die regulären Beweiszeugen in Betreff des materiellen Geschäfts*. Da aber das Gesetz eine in bestimmter Form eingegangene Preiscreditirung der Zahlung gleichstellt, so ist es natürlich auch genügend, wenn zunächst vor den Zeugen solch ein Geschäft der Creditirung stattfand und daran sich die Mancipationssolennität anlehnte.

Das Gesagte führt dahin, daß *als Regel* die Zahlung

oder Creditirung der Mancipation vorausgehend und zwar meist 31
unmittelbar vorhergehend zu denken ist. Wie verhalten sich zu diesem Satz die Quellen? Ich wüßte kein Moment anzugeben, was demselben widerspräche. Dagegen läßt sich für ihn Etwas anführen, das zwar, als aus sehr später Zeit datirend, nicht direct beweist, doch aber ihm einen hohen Grad von Wahrscheinlichkeit zu gewähren wohl geeignet ist [2]). Wir besitzen eine größere Zahl von Urkunden über Römische Verkaufsgeschäfte, die sich in gedankenloser Fortziehung der alten Rechtsausdrücke [3]) zum Theil sogar noch direct als mancipationes bezeichnen [4]). Zu diesen Rechtsgeschäften werden, als offenbarer Ueberrest der Mancipationszeugen, constant fünf Zeugen zugezogen, und bei der Unterschrift dieser Zeugen kommt wiederum ganz constant in feststehender Formel die Bemerkung vor, daß der Zeuge die wirkliche Zahlung des Kaufpreises selbst gesehen habe:

„testis subscripsi et sstum pretium (auri solid. centum decem) eis in praesentia (adnumeratos et) traditos vidi [5]).

Möglich, daß diese Bemerkung in den Mancipations-*Urkunden* erst später ist, aber daß die Stellung der Zeugen zu dem materiellen Verkaufsgeschäft, in dieser ihrer Bestätigung der reellen Preiszahlung, etwas der früheren Mancipation Fremdes enthalten sollte, hat sehr wenig für sich. Ueberdies führen die zwei uns schon bekannten Stellen aus der klassischen Zeit, welche unseren Punkt überhaupt berühren, durchaus zu derselben

---

2) Ich bin auf dieses Beweismoment durch *Danz* aufmerksam gemacht worden.

3) Savigny Gesch. d. R.R. II. S. 185 Note d. (2. Aufl.)

4) Spangenberg Tab. negot. solemn. (1822) p. 276: „huic venditioni traditioni *mancipationique* rei.“

5) Spangenberg l. c. p. 241. 242. 248. 256. 257. 263. 276. 277. 280. 281. 285. 286. 290.

31 Annahme. Varro nämlich sagt (§. 26 Note 12): neque in omnibus satis est stipulatio aut solutio nummorum ad mutationem domini, d. h. bei den res mancipi muß noch die mancipatio erfolgen, also er denkt sich Zahlung oder Creditirung als vorausgehend [6]). Und in der Digestenstelle fr. 25 §. 1 de usufr. (§. 17) wird von der Satisfaction in einer Weise gesprochen, daß, soll den Worten kein Zwang geschehen, nur ein unmittelbar mit der Mancipation verbundenes Preiscreditiren angenommen werden kann: si servum emit, et per „mancipationem" accepit, necdum pretium numeravit sed tantummodo pro eo fecit satis.

Damit ist aber immer noch vereinbar, daß ausnahmsweise Mancipationen auch ohne vorhergehende Zahlung oder Creditirung vorgekommen sind, und die Frage erhebt sich wiederum, was dann in solchen Ausnahmsfällen gegolten habe?

Zunächst läßt sich annehmen, daß ein Verkäufer im Leichtsinn, ohne besonderen Rechtsact der zulässigen Creditirung, dem nichtzahlenden Käufer trauend, letzterem die Sache mancipirte und die Zeugen sich um eine Erklärung der Parteien in Betreff des pretium auch nicht kümmerten. Gar häufig werden solche Fälle nicht gerade vorgekommen sein, denn die Verkäufer pflegen doch ihr eigenes Interesse im Auge zu haben. Aber denkbar bleiben sie allerdings. Ferner läßt sich voraussetzen, daß ein Verkäufer mit dem Käufer durchsteckend, indem er hinter dem Kauf etwas Anderes z. B. Schenkung verdecken wollte [7]),

---

6) Aus diesem Voraufgehen bei der Mancipation mag auch entstanden sein die Aeußerung Isidors Orig. V. 25: pretium vocatum eo quod prius illud damus, ut pro eius vice rem quam appetimus possidere debeamus.

7) Ich rede noch nicht von der im folgenden Abschnitt zu prüfenden Rechtsentwicklung, wonach ganz offen bei solchen Geschäften, wie Schenkung u. s. w. das Eigenthum durch Mancipation übertragbar wurde.

den nach Zahlung oder Satisfaction sich etwa erkundigenden 31
Zeugen erklärte, es sei eine solche bereits ohne ihr Beisein erfolgt. Formell vorgeschrieben war ja die Gegenwart der Zeugen bei dem materiellen Geschäfte entschieden nicht; der Rechtssatz sagt lediglich, daß ein Verkauf mit Mancipation nur dann das Eigenthum überträgt, wenn das pretium gezahlt oder creditirt ist. Die Hinterthür steht also immerhin offen; daß man die Mancipation für formell gültig erklärte. — Im Uebrigen wird man nun aber beide angegebene Arten von Fällen zu trennen haben. a) Die letzteren halte ich bis zu der in Note 7 angegebenen Rechtsentwicklung für unwirksam und das Eigenthum nicht übertragend. Es muß eine Zeit gegeben haben (wir werden dies gerade aus der Art und Weise der späteren Rechtsentwicklung sich erweisen sehen), in welchen Mancipationen (des Vermögensrechts) nur auf Grundlage von wirklichen Kaufgeschäften zulässig waren, und jede Mancipation einer nicht verkauften Sache als nichtig erschien, aus dem einfachen Grunde, weil der Kauf und das imaginäre Geschäft in unzulässiger Weise simulirt[8]), und aus diesem simulirten Acte nie ein Preis gezahlt oder creditirt war, ohne solche Preis-Zahlung oder -Creditirung aber nach den 12 Tafeln aus dem Kauf kein Eigenthum übergeht[9]). b) Dagegen die Fälle der ersteren Art treten unter ei-

8) Vgl. fr. 54 de o. et a. (44. 7): Contractus imaginarii etiam in emtionibus iuris vinculum non obtinent, quum fides facti simulatur non intercedente veritate. fr. 12 de aqua et aq. pl. (39. 3): emtor, nisi simulata venditio est ... fr. 16 de reg. iur. (30. 17): imaginaria venditio non est pretio accedente. fr. 6 pro don. (41. 6): donationis causa facta venditione, non pro emtore sed pro donato res tradita usucapitur. fr. 55 de contr. emt. (18. 1): nuda et imaginaria venditio pro non facta est; et ideo nec alienatio eius rei intelligitur. l. 3 C. de contr. emt. (4. 38): si donationis causa venditionis simulatus contractus est, emtio sui deficit substantia.

9) War übrigens Zahlung oder Creditirung wirklich vor der Mancipa-

31 nen anderen Gesichtspunkt. Wenn einfach ohne Preiscreditirung mancipirt ist, so wird das, was gesetzliche Voraussetzung für den Eigenthumsübergang ist (die Zahlung), unter den Begriff einer zukünftig erst zu erfüllenden Bedingung herübergerückt. Nun aber leidet bekanntlich die mancipatio keine Bedingung, es ließ sich also lediglich unter den Gesichtspunkt der verschwiegenen und doch juristisch sich von selbst verstehenden Bedingung bringen. Daß dem ähnliche Interpretationen bei den Römern vorgekommen sind, ist gewiß[10]), und so ist also immerhin möglich, daß die Römischen Juristen eine solche Mancipatio als formell gültig behandelten und demgemäß denn auch von ihr, sobald nur hinterdrein das pretium wirklich gezahlt wurde, ex postfacto den Eigenthumsübergang datirten. Sicher freilich läßt sich dies aus der Stelle der Note 10 nicht entnehmen, denn diese sagt nur, daß „nonnunquam" von der Regel eine Ausnahme

tion erfolgt, aber nicht in Gegenwart der Zeugen, so daß die Parteien nur den sich erkundigenden Zeugen das Erledigtsein dieser Angelegenheit erklärten, so war die Mancipation ohne Zweifel völlig gültig und wirksam, da ja eine Formvorschrift in Betreff des Beiseins von Zeugen bei der Zahlung oder Creditirung gar nicht existirt. Hier war sowohl in re als auch in Betreff der existimatio mentis der über das materielle Erledigtsein der Zahlungsfrage wachenden Zeugen alles für den Eigenthumsübergang aus der Mancipation Röthige erfüllt; und nicht minder war die Sache vollständig wirksam, wenn nur wirklich Zahlung oder Creditirung richtig vorher arrangirt, von den Zeugen bei der Mancipation aber etwa ausnahmsweise Auskunft darüber weder gefordert noch ihnen gegeben war.

10) fr. 77 de reg. iur. (50. 17): Actus legitimi, qui non recipiunt diem vel conditionem, veluti m a n c i p a t i o (Flor. — emancipatio Vulg.), acceptilatio, hereditatis aditio, servi optio, datio tutoris, i n t o t u m v i t i a n t u r p e r t e m p o r i s v e l c o n d i t i o n i s a d i e c t i o n e m. N o n n u n q u a m tamen actus suprascripti tacite recipiunt, quae aperte comprehensa vitium afferunt. Nam si acceptum feratur ei, cet. fr. 195 eod. u. fr. 68 de hered. inst. (28. 5).

gemacht werde, und der in dieser Hinsicht angeführte Fall be- 31
zieht sich auf die acceptilatio. Abgesehen also von gewissen Ausnahmen hat die Regel die Bedeutung, daß durch die auch nur innerlich beim Geschäft stillschweigend gemachte temporis vel conditionis adiectio das Geschäft in totum vitiatur, eben weil es sich um ein Geschäft handelt, das überhaupt diem vel conditionem non recipit [11]). Und jedenfalls wird man annehmen dürfen, daß alle zugelassenen Ausnahmen erst das Product späterer erweiternder Jurisprudenz sind [12]).

Ist es also als zweifelhaft hinzustellen, ob bei der Mancipation die fragliche Ausnahme (etwa wenigstens in späterer Zeit) zur Anerkennung gelangt sei, so muß nun auch dies noch wieder beschränkt werden. In Einem Punkte nämlich haben wir volle Sicherheit. Ich sprach bisher von den Fällen des Unterbleibens sowohl der Zahlung wie der Creditirung bei der Mancipation. Wenn dagegen eine Creditirung in der That erfolgt war, aber in jenem complicirteren oben §. 15—17 besprochenen Falle doch keine Wirkung des Eigenthumsüberganges haben konnte (bei einem mancipio empfangenden servus usufructuarius), so ist allerdings der Eigenthumsübergang der mancipatio trotz der nach Note 11 zunächst vorhandenen Schwierigkeit zweifellos noch von der conditio iuris der Preiszahlung abhängig. Hier haben wir also wirklich einen Fall, wo die mancipatio „tacite recipit, quae aperte comprehensa vitium afferunt“ [13]).

11) Die Formel der mancipatio paßt an sich gar nicht dazu, daß man sich das Eigenthümerwerden noch als stillschweigend bedingt denken könnte. Der Erwerber sagt aio hanc rem meam esse; wie kann er das aber sagen, wenn sein Eigenthumserwerb noch von der erst zu erwartenden Preiszahlung abhängig ist?

12) Also daß ursprünglich „gewöhnlich“ die Preiszahlung (wenn auch unmittelbar) nachgefolgt sei, wird man keinesfalls mit Keller sagen können.

13) Man konnte sich für die Zulassung dieses Ausnahmsfalles in der

31 — Dieser Fall ist wohl ein erst in späterer Zeit bei den Römern zur Sprache gekommener (§. 15 Note 6), und immerhin ein so eigenthümlicher, daß er sich zum Beweise für die allgemeine Gültigkeit der Ausnahme, als habe bei der Mancipation stets Zahlung oder Creditirung stillschweigend subintelligirt werden können, schwerlich benutzen läßt.

32 §. 32. (Die Mancipation ein symbolisches Geschäft?) — Die zweite Frage betrifft einen in neuerer Zeit vielgebrauchten Ausdruck. Kann man die mancipatio in ihrer ursprünglichen Gestalt einen symbolischen Kauf nennen? Viele halten diesen Ausdruck für ganz unbedenklich [1]). Andere weisen ihn ab, ohne dabei aber unter sich übereinzustimmen. Böcking [2]) sagt: Mit Unrecht werden die Mancipationen „symbolische Handlungen" genannt. „Symbol ist die Darstellung eines abstracten Begriffs durch das Bild eines körperlichen Gegenstandes z. B. hasta = dominium ex i. Q., aureus anulus = Ingenuität, wovon bei der Mancipation nichts wahrzunehmen ist". Das ist aber doch zu eng gefaßt. Symbole können nicht bloß Sachen sein, sondern auch Acte [3]). Gewiß mit Recht kann die

---

That auf den guten Grund stützen, daß nach den 12 Tafeln offenbar eine Mancipation auf Grundlage erfolgter satisfactio und vor geschehener Zahlung zuläßig sei; könne nun auch im vorliegenden Fall ihr nicht, wie gewöhnlich, eine Eigenthum-übertragende Kraft beigelegt werden, so könne man sie doch andererseits auch nicht für nichtig erklären. So bleibt denn nichts übrig, als daß man sagt, die Mancipation ist gültig; aber der Eigenthumsübergang hängt noch von der hinterdrein eintretenden Zahlung als ihrer conditio iuris ab. Ein directer Widerspruch gegen die Mancipationsformel aio rem meam esse (Note 11) wird dadurch umgangen, daß der Eigenthumsübergang nach Eintritt der conditio iuris auf den Mancipationsact retrotrahirt wird.

1) Vgl. das oben §. 2 Mitgetheilte; s. auch §. 29 Note 7.

2) Pand. I. §. 88 Note 10.

3) Richtiger: Puchta C. d. J. II. §. 161. n. „Jedes Symbol ist ein

mit einer bestimmten Sache vorgenommene Handlung 32
selbst als Symbol bezeichnet werden; wie das Zweigabbrechen bei der Unterbrechung der Verjährung (Gr. S. 132. Note. Cic. de or. III. 28), der iactus lapilli bei der op. nov. nunc. (181), das Sitzen auf gemeinsamem Fell bei der Hochzeit, das Speerwerfen bei der Kriegserklärung (163); und bei uns Deutschen: das Binden mit dem Zwirnsfaden (182), der feierliche Einspruch durch Schlag an die Kirchthür (176), das Schwören mit der Hand auf der Bibel, das Ringewechseln bei der Trauung (177), das Bedecken des Hauptes bei gewissen Acten des Fürsten (151), umgekehrt das Hutabnehmen, das Schlüsselentgegenbringen als Stadtübergabe, das Stabbrechen bei Verurtheilten, die Degenabgabe beim Arretiren (166), das Stuhl vor die Thüre Setzen (189), das mit Blut sich Verschreiben (194), die gerichtliche Versiegelung mit einem Stück Papier (182), das Aufstecken von Strohwischen (195), das Korbaustheilen beim Abschlag der Brautwerbung, das Stabtragen beim Brautwerben (Michelsen fest. not. S. 17). — Aber man muß noch weiter gehen. Sicherlich wird man auch Handlungen, die gar keine Beziehung auf eine Sache haben, als symbolische anerkennen müssen, wie: den Kuß als Symbol der Cognatenpietät, die Erhebung der drei Finger beim Schwören (141), das Handgeben als Zeichen des Vertrag- und Friedenschließens (Gr. 194. Danz, sacr. Schutz. S. 134. 135.), die Kniebeugung und den Fußfall (142), das Knieen und Händefalten beim Beten, das sich auf den Mund

äußeres Zeichen" [es ist hier gerade von einem Acte die Rede] „für ein Geistiges"; und Ihering Geist II. 2. S. 534: „Zeichen und Handlungen ... Symbol ist ein sinnliches Ausdrucksmittel für etwas Uebersinnliches". Meist wird sich allerdings eine symbolische Handlung auch an eine symbolisch gebrauchte Sache „Wahrzeichen" anlehnen. Vgl. über das deutsche R. Grimms R. A. Cap. 4 S. 109—207 (die im Texte bei den folgenden einzelnen Symbolen zugefügten Zahlen sind Citate aus Grimm).

32 Schlagen (143), das Finger auf den Mund Legen, das Jemandem eine Nase Drehen, das Ohrzupfen der Zeugen[4]).

Werden wir nun das oben genauer erörterte per aes et libram gerere in der Mancipation, als imaginäre Darstellung des wirklichen Preiszahlens, eine symbolische Handlung nennen dürfen?

Es muß zweierlei geschieden werden. Einestheils versteckt sich heutzutage unter diesen Ausdruck Mancherlei, das im Bisherigen widerlegt worden ist. Das also wird zunächst auszuscheiden sein. Dann aber wird sich fragen, ob das richtig verstandene imaginäre Geschäft der Römer sich wirklich unter den Begriff des Symbolischen stellen läßt?

a. In ersterer Hinsicht ist es namentlich nicht zu billigen, wenn man mit Lange (§. 29 Note 7) die Mancipation deßhalb einen symbolischen Act nennt, weil früher das Wägen des reellen Preises Bestandtheil der Mancipation gewesen, und dann ein scheinbares Wägen an die Stelle getreten sei. Denselben Grundgedanken scheint auch Böcking zu theilen, aber so, daß der Gedanke ihn, bei seiner engeren Fassung des Begriffs von Symbol, umgekehrt zur Läugnung des symbolischen Elements führt. Er sagt Pand. I. Anh. S. 45: Die Bedeutung des aes grave (nach Böckh's Auffassung), verbunden mit der Erwägung des häufigen Wechsels des Münzfußes und der Ungenauigkeiten der Prägung sammt dem Verkleinern der Münzen aus edleren Metallen, bewiesen: „wie sich die Geschäfte per aes et libram so lange erhalten mußten, und wie sehr mit Unrecht die Neueren

4) fr. 21 pr. de furt. (47. 2). — Servius in Virg. Aen. III. 607 (ed. Lion. I. p. 238): Physici dicunt, esse consecratas numinibus singulas corporis partes, ut aurem Memoriae, . . . frontem Genio, . . . dextram Fidei, ... genua Misericordiae, unde haec tangunt rogantes . . . . Iure autem pontificali, si quis Flamini pedes vel genua fuisset amplexus, verberari non licebat.

die emtiones quae mancipii sunt ohne weiteres ‚symbolische Handlungen' nennen, die freilich zu Gaius' Zeit schon meistens, aber noch nicht immer, imaginariae venditiones waren, symbolische niemals". Böcking nimmt hiernach, (indem er das symbolische Element ganz verwirft), für die Mancipation an, daß sie, mit wirklichem Kauf (und namentlich in der Zeit des gewogenen Geldes) verbunden, nicht eine imaginaria venditio genannt werden dürfe. Daß ich ihm dies nicht zugestehen kann, ergiebt sich aus den bisherigen Erörterungen. Das aes dare in der Mancipation war, seitdem dieselbe überhaupt als fixirter solenner Rechtsact zu denken ist, von Anfang an imaginär (veluti pretii loco), und diese Bedeutung der Mancipation hat sich bis zu Gaius' Zeiten hin nicht verändert. So stellt sich denn auch Böcking, indem er meint, die Mancipation sei zu Gaius' Zeiten nicht immer eine imaginaria venditio gewesen, in directen Widerspruch mit den Worten des Gaius, der sie zweimal ganz allgemein imaginaria quaedam venditio nennt; §. 29 Note 2. 32

b. Darf man aber die richtig verstandene Mancipation eine symbolische nennen? Der Sacherwerber macht den Act dadurch zu einer imaginaria emtio, daß er das aes nach Anschlagen an die Wage veluti pretii loco giebt. Liegt darin etwas Symbolisches? Ihering (S. 534) spricht dem Geschäft per aes et libram deßhalb den Charakter der symbolischen Zahlung ab, weil Symbol immer ein sinnliches Ausdrucksmittel für etwas Uebersinnliches sei, wo aber das Auszudrückende selbst wieder etwas Sinnliches sei, wie im germanischen Recht bei der Tradition durch Rasen und Zweig, sollte man nicht von Symbol sprechen; und ebenso sei auch bei dem Geschäft per aes et libram das, was hier ausgedrückt werden soll: eine Zahlung in alter Form wiederum etwas Aeußeres. — Aber das ist nicht zutreffend. Das Geistige oder Uebersinnliche, welches durch eine

32 symbolische Handlung ausgedrückt werden soll, ist gerade vorzugsweise eine juristische Wirkung. Das in theoretisch-juristischer Formulirung noch nicht bewanderte Volk liebt es, die Herbeiführung eines Rechtszustandes (der ja eben immer ein juristisch Ideelles ist) körperlich vor die Augen zu führen. Die germanische Tradition durch Rasen und Zweig (§. 6 u. 7) ist eine wahrhaft symbolische Handlung, allerdings nicht lediglich deßhalb weil der Rasen ein Symbol der Sache wäre, sondern deßhalb weil das Rasenstück dem Erwerber übergeben wird, und also der Veräußerer damit sinnlich darstellt, daß er gleichzeitig ideell sein ganzes Recht an der Sache von sich ablöse und auf den Anderen herüberfließen lasse[5]). Ganz ebenso verkörpert aber auch das per aes et libram gerere etwas ideell Juristisches. Der Erwerber, indem er die Sache ergreift, deutet mit dem aes dare an, daß er sie nicht etwa occupire (was hier nicht möglich ist), sondern sie von einem civis Romanus ex re sua d. h. mit seinem Gelde erwerbe, und daß also der Mancipant, indem er das aes annimmt und ihn damit officiell liberirt, zugleich stillschweigend consentire, daß sein Recht an der Sache an den Erwerber herüberfließe. Also das gerere per aes et libram ist Versinnlichung zweier ideell-juristischer Acte, des Quitirens in Betreff des Preises und der Transmanation des Eigenthums an der Sache.

---

5) Auch den Römern ist dies nicht unbekannt gewesen, [daher das Sprichwort „herbam dare". Zells Ferienschriften II. (1829) S. 68. 69. 92]. Plinius histor. nat. 22. 4., indem er hievon spricht, erkennt an, daß die herba und das porrigere der herba als Symbol (signum) aufzufassen sei: namque summum apud antiquos signum victoriae erat, herbam porrigere victos, hoc est: terra et altrice ipsa humo et humatione etiam cedere, quem morem etiam nunc durare apud Germanos scio. — Nonius Marcellus c. 4. 225. Herbam veteres palmam vel victoriam dici volunt (Ed. Dionys. Gothofr. in Auct. ling. lat. Genevae 1622. fol. 664). Festus v. herbam do (M. p. 99) Grimm R. A. S. 112.

In so weit trage ich also kein Bedenken, in dem Römischen 32 imaginären Rechtsgeschäft ein symbolisches Element zu finden. Doch aber halte ich es für nicht rathsam, die Mancipation in ihrer älteren Periode, von der hier die Rede ist, einfach als symbolische Handlung charakterisiren zu wollen. Es wird daraus eher Mißverständniß als Nutzen hervorgehen, und überdies besteht ja dafür keinerlei Bedürfniß, da wir für dies absonderliche Geschäft des per aes et libram gerere den so voll bezeichnenden und ebenso brauchbaren Römischen Ausdruck des „imaginären Geschäfts" einmal haben[6]). Es ist nämlich besonders zu betonen, daß in dem Geschäft per aes et libram andererseits ein dem Begriff des Symbolischen völlig fremdes Element enthalten ist, und gerade seine hervorstechende Eigenthümlichkeit ausmacht. Das Moment, daß die Mancipation die civilistische Perfection eines zugleich vorgenommenen materiellen Kaufgeschäfts ist, enthält das eigentlich Charakteristische des Actes, aus dem sich die Einzelnheiten jenes symbolischen Elementes, daß man darauf ausgeht das materielle Geschäft in seinen Hauptpunkten nachzubilden und dessen Rechtswirkungen zu veranschaulichen, selbst erst wieder erklären. Daß dies der eigentlich leitende Grundgedanke ist, sehen wir aus der ganzen juristischen Behandlung des Geschäfts, wie sie oben im Einzelnen geschildert worden. Die auctoritatis actio (§. 28) ist eine Klage, die ihren Boden nicht in der Eigenthumsübertragung als solcher hat. Wäre die Mancipation ein bloß symbolischer Kauf, so würde sie gebildet sein, um, abgetrennt von aller materiellen causa, nichts als eine Eigenthumsübertragung zu sein. Wäre aber die Mancipation eine reine Eigenthumsübertragung, so müßte die Rechtswirkung der mancipatio, die auctoritatis actio, allenthalben eintreten, wo, wie z. B. bei der Schenkung, die

6) „Symbolisch" und „imaginär" darf man also nicht identisch nehmen, wie es z. B. Gneist und Keller thun. Vgl. oben §. 2 u. 3.

32 Mancipation als reine Eigenthumsübertragung verwendet wird. So ist es aber nicht. Die auctoritatis actio hat ihren naturalen Boden in der materiellen Zweiseitigkeit (§. 14 Nr. 1) des Kaufgeschäfts. Daraus, daß man gegen die Sache seinerseits das Aequivalent des Geldes gegeben hat, entwickelt sich die Folge, daß man wegen Entwährung jener Sache in Betreff der eigenen Leistung Regreß nehmen kann. Also der materielle und reell gemeinte Kauf ist der Stoff, aus dem die auctoritatis actio geformt ist, und doch entspringt sie juristisch aus der Mancipation, zum deutlichen Zeichen, daß letztere an sich nur die juristische Perfection des reellen Kaufs ist. Und umgekehrt, wenn später eine Mancipation auf Grundlage einer Schenkung vorgenommen wird, so erzeugt sie gar keine auctoritatis actio [7]), wiederum zum deutlichen Zeichen, daß hier die Mancipation in einer, ihrem ursprünglichen Grundgedanken fremden Art verwendet worden ist. — Ebenso wissen wir, daß das Eigenthum der Sache nach der „Natur" des (reell gemeinten) Kaufs erst mit der Preis-Zahlung übergeht. Indem dieser Satz auch für die Mancipation verkaufter Sachen gilt, so wird nun auch da, wo trotz creditirten Kaufpreises die reelle Zahlung erst noch abzuwarten ist, der Eigenthumsübergang hinterdrein (nach wirklich erfolgter Zahlung) auf die Mancipation retrotrahirt (§. 17), was wiederum zeigt, daß die Mancipation als die civilistische Perfection des Kaufs dasteht, und also von selbst als conditio iuris in sich aufnimmt, was überhaupt eine aus der Natur des Kaufs hervorgehende Bedingung ist.

7) Paul. rec. sent. V. 11. §. 5: Invitus donator de evictione rei donatae promittere non cogitur, nec eo nomine si promiserit oneratur; quia lucrativae rei possessor ab evictionis actione ipsa iuris ratione depellitur.

Siebentes Capitel.

Entwicklungsgeschichte der Mancipation. — Die spätere Gestalt.

§. 33. (Mancipation mit venditio nummo uno.) 33
— Die mancipatio ist in ihrer älteren Periode der für bestimmte Sachen (res mancipi) in civilrechtlicher Solennität festgestellte Kauf (die emtio quae mancipii est)[1]. Aber die Mancipation hat eine wichtige Fortbildung erfahren, welche sich an jene ältere, auch in späteren Zeiten noch fortlebende Gestalt gleichsam als ein zweites Rechtsgebilde anlehnt. Diese Fortbildung ist jetzt zu erörtern.

Huschke hat nachgewiesen[2], daß, wenn in den Quellen von einem mancipio accipere sestertio nummo uno die

1) Vgl. die von Ger. Mermann de reb. manc. (1741) p. 114 sq. gesammelten Stellen (auf die auch Huschke Instr. don Fl. Synt. p. 41 hinweist), wonach so oft bei den Römern unter mancipatio schlechtweg die auf Grundlage eines wirklichen Verkaufs vorgenommene Mancipation verstanden wird; — s. auch noch Instr. emtionis puellae sportell.: „emit mancipioque accepit de Dasio . . . denariis CCV. (Bruns fontes p. 88).

2) Flav. Syntrophi Instrum. don. (1838) p. 40 sq.; s. auch Rudorff Zeitschr. f. gesch. R.W. X. (1839) S. 118. Note 36; Walter Röm. R.G. II. §. 577. Note 101; Mommsen Gesch. des Röm. Münzwesens S. 303 Note 42. Die ältere (das raudusculum und den Sesterz verwechselnde) Ansicht findet sich noch bei Ihering a. a. O. S. 572 Note 720 mit voraufgehendem Text.

33 Rede ist, einerseits das aes dare d. h. Geben des rohen Erzstückes (raudusculum) oder Erzasses (wie er später an die Stelle des rohen Erzstückes trat, vgl. §. 11 Note 9), und andererseits das Geben des Sesterzes zwei völlig verschiedene Dinge sind. Jenes aes ist Repräsentant des (früher gewogenen) Geldes und sein Geben ist das nie geänderte Stück der Mancipationssolennität, es ist schon in die Worte: mancipio accipere oder mancipio dare oder per aes et libram gerere eingeschlossen, und wenn zu den Worten mancipio dare oder accipere noch hinzugefügt wird: sestertio nummo uno, so bedeutet das etwas ganz Anderes, völlig Selbständiges [3]). So unzweifelhaft nun auch dieser Satz ist, so glaube ich doch nicht, daß Huschke seinen eigenen trefflichen Gedanken in Betreff der Erklärung der Mancipation richtig verwendet hat. Doch ich will Huschkes weitere Darstellung vorerst noch bei Seite lassen, und zunächst auf Grundlage der bisher gewonnenen Resultate meine eigene Ansicht über das spätere Verwendungsgebiet der Mancipation entwickeln.

Nach dem Bisherigen kann man so sagen: die Mancipation ist die civile Perfection des Kaufs; um Bestand zu haben, muß sie sich auf ein reell vorhandenes Kaufgeschäft stützen. Ohne ein solches ist die Mancipation nicht denkbar, und die Erledigung der Preiszahlungsfrage aus dem reellen Geschäft ist die Voraussetzung für den aus der Mancipation abzuleitenden Eigenthumsübergang. Nehmen wir nun an, daß eine Zeit bei

3) Da der durch Mancipation Erwerbende sagt: eaque res mihi emta est hoc aere, so war es nothwendig, daß ein Erzstück gegeben wurde. Ein Silberstück (der nummus) konnte wegen dieser feststehenden Formel nicht verwendet werden. Wenn nun bei solchem per aes gerere noch außerdem das Geben eines Sesterzes oder überhaupt Silberstückchens (Mommsen a. a. O. S. 198 Note 82. 83 u. S. 302) stattfindet, so liegt das an sich ganz außerhalb der Mancipation d. h. dem per aes et libram gerere.

den Römern kam, in der das practische Bedürfniß dahin drängte, 33 die Mancipation über das Gebiet des reellen Kaufs hinaus auf andere materielle Veräußerungsgeschäfte auszudehnen, um (abgesehen von der in iure cessio) auch bei ihnen einen solennen Act der civilrechtlichen Uebertragung zu haben. Daß dieses Bedürfniß wirklich gekommen ist, läßt sich deßhalb nicht bezweifeln, weil sich eben eine ihm entsprechende Rechtsbildung in der That gestaltet hat. Wie konnte man, von solchem Bedürfniß getrieben, die Mancipation seinen Zwecken dienstbar machen? Die von Altersher feststehende Mancipation selbst ließ sich nicht wohl ändern, sie ist Perfectionsform des Kaufs geblieben und setzt das Eingegangensein eines zu perficirenden materiellen Kaufgeschäfts voraus. Mir scheint, der einzige Weg, der sich den Römern bieten konnte, war der, daß man das materielle Kaufgeschäft, das als formloses der Abänderung leicht zugänglich war, umgestaltete. Kaufgeschäft mußte es bleiben, aber man brauchte nur zuzulassen, daß es in gewissen Fällen als simulirtes geschlossen werden durfte; so hatte man was man wollte.

In der Zulassung dieses Satzes und in nichts Weiterem, liegt meiner Ansicht nach die ganze Rechtsänderung. Es wurde zugestanden, daß man das materielle Kaufgeschäft, worauf sich die Mancipation stützen muß, nicht mit einem reellen Kaufpreise sondern mit einem simulirten: sestertio nummo uno (dem Repräsentanten des gezählten Geldes) abschließen dürfe. Da dieser Preis ein simulirter ist, so fallen alle Fragen wegen Creditirung des Kaufpreises hier von selbst weg, dagegen die auf Grundlage wirklichen Kaufs vorgenommene Mancipation erleidet in sich selbst durch die neue Rechtserweiterung gar keine Veränderung. Ist eine emtio quae mancipii est abgeschlossen, so gilt ganz das bisher geschilderte Recht; will man aber ein mancipium ohne (reelle) emtio eingehen, so muß über den fraglichen

33 Gegenstand eine venditio nummo uno geschlossen werden, und, auf Grundlage dieses nicht mehr materiell-reellen sondern materiell-simulirten Geschäfts, wird in continenti der formelle Rechtsact der Mancipation vorgenommen. Hiebei ist also jetzt der sestertius nummus unus das materielle pretium, dies pretium wird im Mancipationsacte durch das an die Wage geschlagene veluti pretii loco gegebene aes imaginirt, und so sind die Rechtswirkungen der Mancipation dem materiellen Veräußerungsgeschäfte, um das es sich handelt, gewonnen.

Die Rechtsgestaltung ist an sich also gar keine Umänderung der Mancipation, sondern sie besteht lediglich aus der rechtlichen Zulassung von venditiones nummo uno d. h. simulirten materiellen Kaufgeschäften in bestimmten Fällen. Ich sage: materiellen Kaufgeschäften, denn es handelt sich hier um völlig formlose Acte ohne alle Solennität, und die Entwicklung dieses Rechtsgedankens trägt auch von vorn herein gar kein Moment in sich, daß das Geschäft nothwendig nur mit einer Mancipation verknüpft vorkommen dürfe. Vielmehr konnte ebensogut auch sich ein Bedürfniß der Zulassung solcher venditiones nummo uno ganz ohne Mancipation (z. B. für res nec mancipi) bilden, ja es war dann auch kein Grund, (in Fällen wo es sich nicht um Veräußerung der Sachsubstanz, sondern um Gewährung des frui licere handelte) statt des Begriffs der venditio den der locatio nummo uno zur Anwendung zu bringen.

Die Verknüpfung des neuen Rechtsinstituts mit der Mancipation ist nur die, daß dadurch letztere in weiten Kreisen als Veräußerungsform zur Herbeiführung der ihr einmal anklebenden civilrechtlichen Wirkungen verwendbar wurde, und daß in solchen Fällen denn also ein Doppeltes zusammentraf, was man im weiteren Sinne imaginär nennen kann:

1) das alt-formelle Imaginiren (veluti pretii loco Setzen)

des, nach damaligen Verhältnissen immer in gezähltem Gelde 33
bestehenden, materiellen pretium. Dies blieb unverändert in der Mancipation das an die alten Zeiten des Geldabpendirens erinnernde aes dare.

2) Das Simuliren des materiellen pretium selbst. Es besteht, um gerade das *materielle* pretium zu charakterisiren, in einem Stück des damals gangbaren gezählten Geldes, dem Sesterz. Dieser Sesterz ist nicht veluti pretii loco sondern er ist das pretium, nur nicht verum pretium sondern simulatum pretium, das so gelten soll, als wenn es verum wäre. Wir werden wohl den Römischen Gedanken am Präcisesten bezeichnen, wenn wir jenes pretii loco Gegebene den formellen oder Solennitätspreis, diesen gezahlten Sesterz dagegen den materiell-simulirten Preis (im Gegensatz des materiell-reellen) nennen. Dieser materiell-simulirte ist nicht wirklich *an Stelle* des Preises, denn er vertritt nicht einen (vorhandenen) Preis [4]), sondern er ist die Substitution für einen (nicht vorhandenen) Preis; der Solennitätspreis dagegen vertritt immer in der Solennität einen Preis, sei letzterer in sich selbst verum oder simulatum. Ursprünglich hat man das Wort: *imaginärer* Preis nur für den Solennitätspreis verwendet, nach der Entstehung der venditiones nummo uno ist es entschieden auch für die materiell-simulirten Preise gebraucht worden (§. 31 Note 8).

§. 34. (*Venditiones nummo uno ohne Mancipation.*) — Ich gehe jetzt darauf ein, die Beweise für das im vor. § einstweilen nur hypothetisch Vorgetragene zusammenzustellen. 34

Zunächst müssen die Fälle dargelegt werden, in denen die Quellen venditiones (oder locationes) nummo uno aufweisen. Ich übergehe dabei vorerst die mit Mancipation combinirten (s.

4) Ein wahrhaft Vertretendes setzt ein bestehendes Vertretenes voraus

34 den folgenden §), und stelle die ohne Mancipation zugelassenen voraus. Es bedarf keiner langen Erörterung, daß an sich eine venditio nummo uno, als ein simulirtes Rechtsgeschäft dem der wirkliche Wille fehlt, als venditio nichtig ist (§. 31 Note 8). Dabei bleibt die Frage im Uebrigen offen (was hier nicht weiter verfolgt zu werden braucht), ob hinter dem simulirten Geschäft noch ein anderweiter Wille versteckt liegt oder nicht, und im ersteren Falle, ob dieser versteckte Wille noch irgend welche Rechtswirkungen äußern kann.

Damit von der allgemeinen Regel, daß simulirte Rechtsgeschäfte „iuris vinculum non obtinent“ [1]) abgegangen werden könne, muß der einzelne Fall der venditio (oder locatio) nummo uno besondere rechtliche Anerkennung gefunden haben. Auf welchem Wege diese Anerkennung erfolgt sein müsse, darüber scheint bei den Römern nichts Allgemeines festgestanden zu haben. Man ließ sich hier wie so oft vom Bedürfniß treiben, und die specielle Zulassung solchen Geschäfts ist theils durch bestimmtes Gesetz erfolgt, theils konnte dieselbe durch Verfügungen der Magistrate oder auch durch die an das schon Bestehende sich wieder anlehnende wissenschaftliche Argumentation der Römischen Juristen herbeigeführt werden.

1) Als auf gesetzlicher Bestimmung ruhende venditiones

---

1) S. außer den Stellen §. 31 Note 8 noch l. 10 C. de distract. pign. 8. 28: Et qui sub imagine alterius personae, quam supposuerat, iugiter tenet, quum sibi negotium gerat, alienasse non videtur ..... per suppositam imaginarii emtoris personam. Fragm. Vat. §. 13. Venditor si per conlusionem imaginarium colonum emtoris decipiendi causa subposuit. fr. 46 locati (19. 2): si quis conduxerit nummo uno, conductio nulla est, quia et hoc donationis instar inducit. fr. 10 §. 2 de acq. poss. (41. 2): Si quis et conduxerit, et rogaverit precario uti possideret, siquidem nummo uno conduxit, nulla dubitatio est, quin ei precarium solum teneat, quia conductio nulla est, quae est in uno nummo.

nummo uno kennen wir die durch die s. g. lex Thoria bestimmten Ackervertheilungen von Provincialboden, also res nec mancipi[2]). 34

2) Auf die Quelle magistratischer Verfügungsgewalt werden zurückzuführen sein gewisse, theils als venditiones theils locationes aufzufassende, Zuschläge (addictiones) nummo uno, welche in mehren Stellen erwähnt werden[3]). Es ist danach gewiß mehrfach möglich gewesen, daß lediglich nach Bestimmung der mit gewissen Angelegenheiten betrauten Beamten der Zuschlag einer Sache oder auch einer auszutheilenden Arbeit nummo uno vorkommen konnte, ohne daß solche venditio oder locatio nummo uno ausdrücklich, wie in jenem Fall unter Nr. 1, in einem Gesetz vorgeschrieben worden wäre. Dies zeigt namentlich die Erzählung des Valer. Maximus V. 2 §. 10[4]).

---

2) S. darüber Rudorff a. a. O. S. 115—121. Puchta C. d. Inst. II. §. 238. f. Lex Thoria c. 21. 22. 30. 33.

3) Cic. pro Rabir. Post. 17: Ecquis est ex tanto populo, qui bona C. Rabirii Postumi nummo sestertio sibi addici velit? [Bei Quintilian Inst. or. XI. 3. 172 in fin. ist dieser Fall mit den Worten ausgedrückt: et cum bona C. Rabirii uno sestertio addicit]. Hier heißt nummo sestertio vielleicht nur so viel als: „ein Minimum"; aber es liegt doch darin, daß nicht gesagt wird: donationis causa addici, sondern: nummo sestertio addici, immer eine Subsumtion unter den Verkaufsbegriff und eine Hinweisung darauf, daß es solche venditiones nummo uno gab. — Aehnlich Sueton. Caes. 50. super alias donationes amplissima praedia ex auctionibus hastae nummo (al. minimo) addixit. — Schon einen Schritt weiter liegt der Ausdruck Cicero's in Verr. IV. 59. 60 (133. 134): licet iste dicat emisse se .... acerbiorem etiam scitote esse civitatibus falsam istam et simulatam emtionem ...... pretio adductam civitatem, et pretio parvo .... vendidisse atque abalienasse. Hier ist lediglich von einem Verkauf für ein minimum die Rede ohne alle Hinweisung auf die eigentliche venditio nummo uno.

4) M. Cornuto praetore funus Hirtii et Pansae iussu senatus locante, qui tunc Libitinam exercebant, cum rerum suarum usum tum ministe-

34 3) Wohl auch auf die Quelle magistratischer (consularischer) Bestimmung wird folgender Fall zurückzuführen sein. Die Quellen erwähnen mehrfach, daß, wer sich nicht zum Kriegsdienst stellte, in die Sklaverei verkauft wurde[5]). In Bezug auf solchen Verkauf, der, weil er trans Tiberim geschah, ohne Mancipation vorgenommen sein muß, kommt auch eine Erzählung vor, daß er nummo uno erfolgt sei.

Livius. epit. l. 55. P. Corn. Nasica . . . et D. Jun. Bruto consulibus delectum habentibus, in conspectu tironum res saluberrimi exempli facta est: nam C. Matienus accusatus est apud tribunos plebis, quod exercitum in Hispania deseruisset: damnatusque, sub furca diu virgis caesus est, et sestertio nummo veniit.

4) Andere venditiones nummo uno scheinen sich durch analogisirende Thätigkeit der Römischen Jurisprudenz, angelehnt daran, daß dieser Begriff schon mannigfach verwendet worden war, gebildet zu haben. Sie betreffen Fälle, die eines abstracten, von wirklicher materieller causa abgelösten, Uebertragungsmodus bedurften, und für die ein Anhaltspunkt in Betreff eines anderen im positiven Recht gegebenen Uebertragungsactes sich nicht fand. Sie sind wohl lediglich usu entstanden. So berichtet uns Gaius in Betreff des Universalfideicommissars:

II. 252. Olim autem nec heredis loco erat nec legatarii,

---

rium suum gratuitum polliciti sunt; quia hi pro republica dimicantes occiderant. Perseverantique postulatione extuderunt, ut exequiarum apparatus sestertio nummo ipsis praebentibus addiceretur.

5) Cic. pro Caecin. 34. 99. Val. Max. VI. 3 §. 4: Mu. Curius consul, cum delectum subito edicere coactus esset . . . . neque eo respondente bona adolescentis hastae subiecit . . . Tunc Mu. Curius praefatus non opus esse eo cive reipublicae qui parere nesciret, et bona eius et ipsum vendidit.

sed potius emtoris: tunc enim in usu erat, ei, cui 34
restituebatur hereditas, nummo uno eam hereditatem dicis causa venire.

Damit hatte man den Anhaltspunkt für die gegenseitigen stipulationes des heres und des Fideicommissars gewonnen.

Ein anderer Fall dieser Art hat sich sogar in den Digesten erhalten, und damit erhebt sich noch für unser practisches Recht die, unten (§. 62) weiter zu besprechende, Frage, welche Bedeutung dies jetzt für uns habe:

fr. 66 de iure dotium (23. 3): Si ususfructus fundi, cuius proprietatem mulier non habebat, dotis nomine mihi a domino proprietatis detur, difficultas erit post divortium circa reddendum ius mulieri, quoniam dicimus usumfructum a fructuario cedi non posse, nisi domino proprietatis, et si extraneo cedatur id est ei, qui proprietatem non habeat, nihil ad eum transire sed ad dominum proprietatis reversurum usumfructum. Quidam ergo remedii loco recte putaverunt introducendum, ut vel locet hunc usumfructum mulieri maritus vel vendat nummo uno, ut ipsum quidem ius remaneat penes maritum, perceptio vero fructuum ad mulierem pertineat.

Hier erkennt man ganz deutlich die Entstehung des Falls durch den Vorschlag einiger Juristen als remedium des practischen Bedürfnisses, welcher denn, indem er Billigung fand (recte putaverunt), in Folge des ius respondendi zu geltendem Rechte wurde.

§. 35. (Stellung der venditio nummo uno zur 35
Mancipation.) — Man sieht, die venditiones (oder locationes) nummo uno sind ganz beliebig hie und da zur Geltung gekommen, wo das practische Bedürfniß einen Weg der abstracten Rechtsübertragung forderte. Man beurtheilte dann solchen

35 einzelnen anerkannten Fall nach den in der venditio gegebenen Grundsätzen der Sach- und Rechtsveräußerung (oder nach der locatio operis), nur mit der Abweichung, daß Alles speciell an die Zweiseitigkeit der Leistungen sich Anknüpfende hier, wo es sich nur um eine simulirte Geldleistung handelte, nicht zur Verwendung kam.

In dem nummo uno vollführten Geschäft kann, wie die angegebenen Fälle (Note 3 des vor. §) zeigen, allerdings der materielle Charakter einer Schenkung liegen [1]), er kann aber auch ein anderer sein. So namentlich sind die Landassignationen (Nr. 1) keineswegs auf den bloßen Gesichtspunkt einer Schenkung zurückzuführen, bei dem Verkauf des Sklaven (Nr. 3) ist gewiß nicht der der Schenkung an den Käufer, sondern der Strafe für den Deserteur der überwiegende, indem der diu virgis caesus wohl mehr als eine werthlose Sache um den nummus unus verkauft wird. Endlich in den zwei Fällen der Nr. 4 ist der Grund der Uebertragung eine Rechtspflicht (causa necessaria), die venditio nummo uno enthält die Erfüllung dieser Rechtspflicht.

Ich wende mich jetzt zu den Quellennachrichten über diejenigen venditiones nummo uno, die mit einer Mancipation verknüpft wurden [2]). Wir besitzen deren in Inscriptionen eine nicht geringe Zahl. Ich citire immer nur kurz die betreffenden Worte:

---

1) Vgl. auch die oben §. 31 Note 8 citirten Stellen fr. 6 pro don. u. l. 3 C. de contrah. emt., worin von simulirtem Kauf die Rede ist, der als Kauf ungültig sei, aber als Schenkung Wirkung haben könne. Paul. rec. sent. II. 23. §. 4: Inter virum et uxorem contemplatione donationis imaginaria venditio contrahi non potest. l. 2 Cod. Herm. de don. int. vir. et ux. (7): nec venditio donationis causa bonorum omnium valet, sed rerum singularum nominatim donatio facta capit effectum.

2) Vgl. Meermann de reb. manc. p. 112—114.

a. aus Gruter[3]):

1) p. 308. Inscr. 9: HS. N. I.[4]) (sestertio nummo uno) donationis causa mancip.
2) p. 956. Inscr. 4: L. Titurius Sabinus se vivo donavit L. Salvio Symphoro mancupavitque sestertio nummo uno. (Orelli. 4567.)

b. aus Fabretti[5]):

3) p. 49. Cap. I. N. 282: dederunt donaveruntque cui et fruendum mancipationem fecerunt SS. N. I. (Orelli. 4571.)
4) p. 50. N. 283: T. Fuficius Felix de Iulia Rufina donationis causa mancipio accepit HS. N. uno.
5) N. 284. (verstümmelt): mancipavit HS. I. N̄.

c. aus Orelli[6]):

6) N. 4947. Donatio Iuliae Monimes: mancipio acceperunt immunes et curator .... de Iulia Monime et sociis eius sestertio nummo uno donationis causa. (Zell. 1784.)
7) N. 4358. Donatio Fl. Artemidori: donationis causa mancipio accepit M. Herennius Agricola de T. Fl. Artemidoro HS. N. I. (Zell. 1785. Spangenberg Tab. p. 153. Bruns fontes p. 88.)

d. aus Zell[7]):

8) N. 1780. Donatio Statiae Irenes: Statia Irene ... M. Licinio Timotheo donationis mancipationisque causa HS. N. I. mancipio dedit ...... Quod mihi

---

3) Jan. Gruteri Corpus inscriptionum (Amstelaed. 1707. ed. Graevii).

4) Für I. steht mehrfach L. Fabretti bemerkt darüber Inscr. p. 49: „vel a quadratario vel ab exscribente corrupta nota numerali I. in L.“

5) Raph. Fabretti Inscript. antiq. (Rom. 1702).

6) Inscript. lat. select. ed. Orellius. (Turic. 1828.)

7) Zell Delect. inscript. rom. (Heidelb. 1850) Tom. II.

35 Licinio Timotheo tu Statia Irene ... monumentum ss. HS. N. I. mancipio dedisti. (Gruter p. 1081. Spangenberg p. 155. Bruns p. 87.)

Abgesehen von dem zweifelhaften Fall in Nr. 5 liegt in allen diesen Stellen eine Schenkung vor. Es wird entweder ausdrücklich getrennt gesagt: „er schenkte und mancipirte nummo uno“ (Nr. 2. 3) oder es wird gleich combinirt so ausgedrückt: „es erfolgte eine mancipatio nummo uno donationis causa“. (Nr. 1. 4. 6. 7. 8.)[8]) Nun behauptet Huschke (Flav. Synt. p. 41. 42) — und Rudorff a. a. O. S. 118 tritt ihm darin bei, — es habe ein mancipio accipere nummo uno nur bei Schenkungen und ähnlichen Liberalitätsgründen, nicht aber bei Mancipationen dotis, permutationis, transactionis etc. causa, statt gefunden. Ich halte dies nicht für richtig, bin vielmehr der schon oben hervorgehobenen Meinung, daß eine venditio nummo uno in allen Fällen, wo nicht ein wirklicher Kauf vorlag, der Mancipation zum Grunde gelegt werden mußte. Meine Gründe sind folgende:

Im vorigen § ist entwickelt worden, daß die venditio nummo uno auch abgesehen von der Mancipation in den verschiedensten Geschäften, die zum Theil gar kein Schenkungselement in sich tragen, vorkommt; also im Wesen der venditio nummo uno liegt es entschieden nicht, daß sie nur mit Schenkungen verknüpft stattfinden könnte. Aus den eben vorgelegten Stellen sehen wir nun, daß die venditio nummo uno auch mit der Mancipation verbunden worden ist[9]); also man hat, während

8) Sonderbar ist dabei in Nr. 8 die Fassung: mancipationisque causa mancipio dedit.

9) Außer in Inscriptionen kommt eine solche Verknüpfung der venditio nummo uno auch noch (wie man schon seit lange gefunden hat) in der Erzählung eines Schriftstellers vor. Vitruv. de Architect. I. 4. in fin.: Item in Apulia oppidum Salpia vetus .... ex quo incolae .. pervenerunt ad

früher die Mancipation nur auf dem Boden eines wirklichen 35
Kaufgeschäfts vorkam, es später für zulässig gehalten, sie auch auf Grundlage eines simulirten Kaufs vorzunehmen. Warum soll nun aber diese Mancipation auf der Basis des simulirten Kaufs nur bei Schenkungen und anderen Liberalitäten gestattet worden sein? — Daß die angeführten Stellen nur von Schenkungen und Liberalitäten reden, beweist nichts, denn wir haben nicht etwa andere von Permutation, Transaction u. s. w. redende Stellen, in denen die Mancipation sich ohne venditio nummo uno zeigte. Vielmehr haben wir über die letztere Art von Geschäften gar keine Stellen, weil sich eben nur die Schenkungen und Liberalitäten zu derartigen Inschriften eigneten, wie sie uns der Zufall aufbewahrt hat. Das Fehlen von Stellen jener Art würde also nur dann etwas bedeuten, wenn sich anderweit aus dem Wesen der Permutationen u. dergl. ableiten ließe, daß hier die Einkleidung in eine venditio nummo uno nicht möglich war. Aber ist denn dafür in der That irgend ein Moment vorhanden? Huschke argumentirt so: wenn kein Verkauf vorlag, aber doch ein Geschäft, welches wie Dotalleistung, Tausch, Transact, irgend eine utilitas des Mancipanten enthielt, so „genügte es", diese causa in den Mancipationsworten zu bezeichnen, z. B.: eaque res mihi esto emta hoc aere aeneaque libra d o t i s c a u s a. Denn da alle utilitas in Gelde schätzbar ist, so war durch die Angabe jener causa gleichsam das pretium angegeben, auf welches das imaginarium mancipationis pretium sich stützen ließ.

M. Hostilium ab eoque ... impetraverunt, uti his idoneum locum ad moenia transferenda conquireret ..... is .. mercatus est possessionem loco salubri, a b s e n a t u q u e p o p u l o q u e r o m a n o p e t i i t u t l i c e r e t t r a n s f e r r e o p p i d u m, constituitque moenia et areas divisit, n u m m o q u e s e s t e r t i o s i n g u l i s m u n i c i p i b u s m a n c i p i o d e d i t. Dieser Fall ist am Gleichartigsten dem des §. 34 unter Nr. 1.

35 Angenommen zunächst, daß jene Argumentation richtig sei, so beweist sie doch nichts, denn sie enthält nur eine Möglichkeit, die eine zweite nicht ausschließt. Wenn es „genügte", mittelst Hinweisung auf die causa durch aestimatio die Feststellung eines pretium in Aussicht zu stellen, so ist das immer kein certum pretium. Jedenfalls muß dann aber doch auch zulässig gewesen sein, den anderen Weg einzuschlagen, und gleich ein certum pretium zu setzen, den nummus unus. Es ist ja eben sicher, daß dies sogar bei Schenkung zulässig war, d. h. daß man von dem allgemeinen Erforderniß des verum pretium abgegangen ist, und eine Mancipation auf Grundlage eines simulatum pretium zugelassen hat. Wer konnte also jetzt den Mancipanten hindern, die Frage seiner utilitas bei Seite zu setzen, und die Leistung der Sache lediglich gegen den nummus unus zu stellen? Es muß also jedenfalls zugegeben werden, daß Tausch, Transact, Dotalleistung sich nunmehr auch in die venditio nummo uno mit daran geknüpfter Mancipation einkleiden ließen.

Danach beständen für derartige Geschäfte nebeneinander zwei Wege der Behandlung, der Huschke'sche und der mit venditio nummo uno? Ich muß auch dies leugnen. Ein Geschäft ohne certum pretium ist kein Kauf. Mit bloßer Hinstellung der Möglichkeit, durch aestimatio die utilitas des Mancipanten (nicht einmal durch Hinweisung auf das bonum arbitrium eines Dritten) zu ermitteln, fehlt uns noch immer das Charakteristische des Kaufs. Nun aber wissen wir, das aes im Mancipationsacte sollte pretii loco sein. Ursprünglich war es loco pretii veri et certi. Es ist erwiesen (was wir allerdings ohne sicheren Beweis nie annehmen dürften), daß es auch loco pretii simulati (non veri) zugelassen wurde. Ebenso müßte aber erst erwiesen werden, daß es auch loco non certi pretii die Wirkungen der Mancipation hervorrufen konnte. M. a. W.: die Mancipation ist ein für alle mal auf das materielle Kaufgeschäft ge-

baut; der eine Schritt ist allerdings geschehen, daß man dieses 35
als ein simulirtes zuließ; aber nun auch ganz den Kaufbegriff verlassen, das wäre ein so exorbitanter Schritt weiter gewesen, daß damit aller Halt verloren gegangen wäre. Die Römer lieben es, wenn sie die Sache innerlich fortbilden, die äußere Hülle als Schranke gegen ein ganz willkürliches Vorwärtstreiben festzuhalten. Wie hätte man immerfort die Mancipatio eine imaginaria venditio nennen können, wenn das, was imaginirt wurde, auch nicht einmal mehr die Simulation eines Kaufes war? Und wenn die Römer sich keine Gedanken darüber machten, sogar die Schenkung in die Gestalt des simulirten Verkaufs zu kleiden, welches Bedenken konnte sich irgend erheben, die Dotalleistung oder die beiden den Tausch ausmachenden Leistungen unter diesen Gesichtspunkt zu subsumiren? Die Frage liegt ja so: wenn wir wüßten, daß die Römer in diesen eine utilitas des Mancipanten enthaltenden Fällen es zugelassen hätten, solche utilitas in einen simulirten Preis zu kleiden, so wäre ein Schluß auf den uns etwa unbekannten Fall der Schenkung immerhin bedenklich. Aber da wir wissen, daß die Römer das Aeußerste gethan, und den reinen Gegensatz des Kaufbegriffs (die Schenkung) unter die simulata venditio gezwängt haben, wie muß denn da nicht aus dem maius das minus gefolgert worden sein? Hat doch jedenfalls durch die von Huschke angenommene Formulirung, also z. B. durch die Worte: eaque res mihi esto emta hoc aere aeneaque libra *permutationis causa*, die utilitas des Mancipanten nicht in dieselbe *juristische* Verbindung mit der Mancipation gebracht werden können, wie sie dem verum pretium zukam[10]. Wenn aber die utilitas des Mancipanten doch nicht die juristische Stellung des verum pretium hatte, wie konnten dann die Römer auf solche zweideutige Formulirung ver-

10) So daß also erst nach erfolgter Gegenleistung (oder Creditirung) das Eigenthum der permutationis causa mancipirten Sache übergegangen wäre.

35 fallen, welche eine Ansicht, wie die in Note 10 angedeutete, geradezu begünstigt hätte, während bei der hier vertheidigten Fassung umgekehrt Alles klar ist[11]). Wurde in Gegenwart der Zeugen der sestertius nummus unus gegeben, so war es sicher, daß die Parteien keinen wirklichen Kauf intendirten; es war damit ausgesprochen, daß nun auf Preis-Zahlung und -Creditirung nicht Rücksicht zu nehmen war, und daß alle weiteren Fragen über die utilitas des Mancipanten ein für den Eigenthumsübergang gleichgültiges Ding sein sollten. So konnte denn also in continenti zur eigentlichen Solennität der Mancipation fortgeschritten werden. Solche Erweiterung der Mancipation über die materielle causa venditionis hinaus, war Zweck der ganzen Rechtsentwicklung.

Nicht die ganze mancipatio ist von der materiellen causa losgelöst worden, die venditiones, quae mancipii sunt, sind in ihrer Stellung unverändert geblieben. Aber das Be-

11) Man kann gegen Huschke noch fragen, warum in den oben mitgetheilten Stellen so besonders betont wird: „es wird geschenkt und nummo uno mancipirt“ oder: „es wird donationis causa nummo uno mancipirt“, wenn das nummo uno schon überhaupt das Wesen der Schenkung oder ähnlicher Liberalität bezeichnete? Es läge ja eine Tautologie vor, — denn daß damit gerade ein Gegensatz zu den von der vera et simplex donatio getrennten similes liberalitates angegeben werden sollte, wäre doch eine zu gezwungene Annahme, die dahin führen würde, daß man nun bei den letzteren Fällen den besonderen Zusatz liberalitatis causa nummo uno mancipio accepit forderte, was doch auch Huschke nicht behauptet. — Huschke nimmt selbst an, daß die s. g. donatio Syntrophi ein negotium mixtum, non vera et simplex donatio war (p. 22. 23.), ja daß Syntrophus Grund haben konnte, sein Geschäft nicht Schenkung zu nennen, um nicht unter die lex Cincia zu fallen. War dann aber nicht auch der (von Huschke so richtig hier geforderte) nummus unus verrätherisch? Und wenn die horti „ob causam magis dabantur quam donabantur“ (p. 22), wäre es dann nicht gerathener gewesen, den nummus unus ganz wegzulassen und einfach die Mancipation in der Weise der mit utilitas des Mancipianten verbundenen Fälle zu formuliren?

dürfniß trieb dahin, die Mancipation auch für andere causae 35 der Veräußerung, und mit Ausschluß einer juristischen Abhängigkeit der Eigenthumsübergangsfrage von diesen anderen causae, zu verwenden. Das Mittel, mit dem dies erreichbar war, lag ganz nahe: die Einkleidung aller dieser anderen causae in die venditio nummo uno. Indem man dieses Mittel ergriff, machte man die mancipatio in ihrer zweiten Gestalt zu einem Formalacte, und indem dieser spätere Verwendungsmodus der Mancipation im practischen Leben eine so große Ausdehnung gegenüber der in iure cessio gewann [12]), so erklärt es sich leicht, daß im großen Ganzen in der classischen Zeit die Mancipation vom Standpunkte des Formalactes und der reinen Eigenthumsübertragungsform behandelt wurde, innerhalb dessen der alte Kern, die Kaufmancipation, freilich immer seinen Zusammenhang mit der venditionis causa behielt.

So ist es denn aber auch gekommen, daß dieser praktische Standpunkt der classischen Zeit den Meisten unserer Schriftsteller der Ausgangspunkt für die innere Erklärung des ganzen Rechtsinstituts der Mancipation geworden, und damit denn freilich das Wesen der Mancipation verkannt worden ist. Die ursprüngliche naturale Grundlage der Mancipation, der Kauf, ist erst in den mit venditio nummo uno verknüpften Mancipationen verlassen worden. So wie die einfachen venditiones nummo uno außerhalb des naturalen Kaufgebietes stehen, und einen auf die verschiedensten materiellen causae passenden, also als Formalact dastehenden, juristischen Uebertragungsmodus enthalten, so steht auch die mancipatio mit venditio n. u. völlig auf der civilis ratio einer allgemeinen juristischen Uebertragungsform, gleichartig der in iure cessio, nur daß aus dem historischen Zusammenhange dieser zweiten Gestalt der mancipa-

12) Gai. II. 25. Man fand die in iure cess. gegenüber der mancipatio unbequem.

35 tio mit der ursprünglichen sich gewisse Gränzen der Verwendung ergaben[13]), welche zu überschreiten den am Traditionellen so gern festhaltenden Römern nie in den Sinn gekommen ist.

36 §. 36. (Zeitpunkt der Zulassung von Mancipationen mit venditio nummo uno). — Es wirft sich die Frage auf: wann bei den Römern die mancipationes mit vend. num. un. aufgekommen sind? Darüber wird sich schwerlich etwas Sicheres feststellen lassen. Wenigstens einige Vermuthungen mögen hier gestattet sein.

Ich mögte glauben, daß der Begriff der venditio nummo uno zuerst in Verknüpfung mit der mancipatio aufgekommen ist, und daß die venditiones nummo uno ohne Mancipation sich erst daran angelehnt haben. Ich vermag mich dabei freilich auf Nichts zu stützen, als daß die oben aufgezählten Fälle der letzteren Art den allgemeinen Eindruck späterer Rechtsbildung machen.

Sodann, wie mag der Anfang der mit mancipatio verknüpften venditiones nummo uno zu denken sein? Dieser liegt wohl am Nächsten in den Mancipationen des Personenrechts[1]). Das Recht des Verkaufs z. B. des Haussohns war ursprünglich sicher ernstlich gemeint und auch mannigfach ernstlich ausgeführt, also wir haben uns in ältester Zeit eine Mancipation mit wirklicher vorausgehender Kaufpreiszahlung zu denken. Hier aber mußte das Bedürfniß nach bloßen auf Veränderung gewisser familienrechtlicher Zustände ausgehenden civilen Rechtsacten zuerst dahin treiben, das bestehende Verkaufsrecht als Anknüpfungspunkt zu benutzen, um auf Grundlage eines nur simulirten Verkaufs der Mancipation auf diesem Gebiete einen Verwendungsboden zu gewähren. So namentlich der Satz der 12 Tafeln über den dreimaligen Verkauf des Sohns wird wahrlich nicht immer im Sinne von drei Verkäufen zum dreimaligen ernstlichen Gelderlöse

13) So insbesondere der einmal festgestellte Kreis der res mancipi.

1) Gai. I. 113. 117—120. 132. 134. 135. IV. 79.

verwendet worden sein [2]). Hier kann man schon eine simulirte 36
venditio zugelassen haben, ehe es noch überhaupt einen sestertius nummus in Rom gab, also einen simulirten Kauf etwa gegen ein gewogenes Erz-Pfund oder gegen eine Quote solchen Pfundes, das aber stets von dem im Mancipationsacte selbst gebrauchten raudusculum, mit welchem an die Wage geschlagen wird, zu unterscheiden ist. Daß hier, wie Huschke meint, der simulirte Preis (früher una libra aeris, dann sestertius nummus) gar nicht nöthig gewesen, wenn auch von ängstlichen Leuten gegeben worden sei [3]), weil es sich um keinen Gegenstand des Vermögensverkehrs gehandelt habe [4]), scheint mir ganz unwahrscheinlich [5]). Es ist das Charakteristische der alten familia, daß darin noch Elemente in einander laufen, die durch spätere juristische Betrachtung als innerlich völlig verschiedene Vermögens- und andererseits Familienelemente auseinandergetrennt worden sind. So wie der paterfamilias gleichmäßig vindicirt: „filium meum esse ex iure Romano“, und „rem meam esse ex iure Quiritium [6])“; so wie er an seinen Sachen das Vernichtungsrecht und an seinen Kindern das ius vitae et necis hat; sowie er durch seine Sachen wie seine Kinder gleichmäßig accessione erwirbt, so hat er auch gleicher Weise das Recht seine Sachen und seine Kinder zu verkaufen. Das aber ist allerdings richtig in der Huschke'schen Ansicht, daß gerade hier es gewiß am Ersten

2) Gai. IV. 79. Ulp. X. 1.

3) Denn s. Gai. ep. I. 6. §. 3.

4) Nexum S. 45. Note 48.

5) Auch Ihering erklärt sich hiergegen, S. 571. 572. Note 720; aber indem er im Text der S. 571 von dem (bei wirklichem Kauf wie bei anderen Geschäften gegebenen) Scheinpreise der Mancipation (also dem aes dare) spricht, so trifft es nicht zusammen, wenn er dann in Note 720 dem sestertius nummus unus bei Mancipationen des Personenrechts die „klarsten Quellenzeugnisse“ vindicirt. Vgl. oben §. 33 Note 2.

6) fr. 1 §. 2 de rei vind. 6. 1.

36 hervortreten mußte, es handele sich gar nicht um in Gelde schätzbare Verhältnisse und so mag man denn hier schon früh den bloß simulirten Preis angewandt haben.

Wenn sonach die Verwendung der mancipatio mit venditio nummo uno in den Rechtsacten des Personenrechts [7]) vielleicht schon sehr alt war, so konnte dies leicht der Grund werden, daß man auch im Vermögensgebiete die Mancipation über den Kauf hinaus ausdehnte. Wenngleich mancipatio gewöhnlich im Sinn von Kaufmancipation genommen wurde (vgl. §. 33 Note 1), so ist es damit immer vereinbar, daß doch auch schon Vermögensmancipationen auf Grund von venditiones nummo uno vorkamen (vgl. übrigens §. 10 Note 13). Wann nun in der That diese letzteren zuerst aufgekommen seien, dafür weiß ich keinerlei Moment anzugeben. Umgekehrt aber giebt es nach der anderen Seite hin einen ziemlich sicheren Anhaltspunkt, der das Vorhandensein derselben bereits voraussetzt, bis wohin sie also sich schon festgestellt haben müssen.

Bei den simulirten venditiones nummo uno mit Mancipation im Gebiete des Vermögensverkehrs wurden nach der obigen Darstellung zwei Geldstücke gegeben, der sestertius nummus unus (der materiell-simulirte Preis) und das raudusculum oder der As (der Solennitätspreis). Es ist aber sehr erklärlich, daß in der nachklassischen Zeit, als Sinn und Verständniß für die alten Formen verschwand, man es für ganz gleichgültig ansah, ob man zwei oder auch nur ein Geldstück gab [8]), und ferner ob das Geldstück ein Sesterz oder ein As war. Schließlich ist einfach nur immer ein Geldstück gegeben worden, und zwar bei

7) Die Frage von der Uebertragung des Mancipationsactes auf den Begriff der Testamentserrichtung, Gai. II. 103. 104., will ich hier ganz bei Seite lassen. Vgl. nur §. 37 Note 3.

8) Gai. ep. I 6 §. 3: unum aut duos nummos quasi in similitudinem pretii accipit.

allen Rechtsgeschäften (Käufen wie Schenkungen), die, als die 36
Mancipationssolennität selbst lange verschwunden war, doch noch gewisse Sätze des Mancipationsrechts als Erbschaft mit sich fortschleppten [9]). Dieses eine Geldstück kommt in ganz späten Kaufbriefen als nummus usualis dominicus unus: „der alt-herkömmliche Eigenthums-Pfennig" [10]) vor. Also, da dieser „Pfennig" auch bei wirklichen Käufen vorkommt, so ist er einerseits der Erbe des durch die gesammte Mancipation sich hindurchziehenden Erzasses, und als nummus unus (d. h. Sesterz) trägt er auch zugleich ein Element des simulirten Preises aus den mit venditio nummo uno vorgenommenen Mancipationen in sich. Dies bestätigt sich durch das bekannte Justinianeische Gesetz über die Schenkungen, l. 37 C. de donationibus (8. 54), wonach bis dahin in den Schenkungsgeschäften die Worte gebraucht worden sind, daß die Sache gegen die Leistung des sestertius nummus unus übertragen werde. Also bis auf Justinian haben sich freilich die Mancipationssolennitäten nicht erhalten, wohl aber der simulirte Preis des sestertius nummus unus; dieser aber ist jetzt im Schenkungsbriefe (wie dort in jenen Kaufbriefen) offenbar der nummus usualis dominicus d. h. das Kennzeichen der Eigenthumsübertragung, also der Erbe des As, geworden.

Wie beschreibt nun Justinian diesen nummus unus? Er sagt:

> Verba superflua, quae in donationibus poni solebant, scilicet sestertii nummi unius assium quatuor, penitus esse reiicienda censemus.

Also es wurde der nummus dominicus in den Eigenthumsübertragungsbriefen noch immer ganz besonders, in Festhaltung der alten Tradition, als Sesterz von vier Assen beschrieben. Ein

---

9) S. darüber oben §. 31.

10) d. h. der bei Eigenthumsübertragung gebräuchliche Pfennig. Savigny Gesch. d. R.R. im M.A. II. S. 186 Note e.

36 für allemal hat es den Römern festgestanden und ist bis in die spätesten Zeiten bewahrt worden, daß der im Vermögensgebiet zugelassene simulirte Verkauf für den Sesterz von vier Assen geschehe. Also die vermögensrechtlichen venditiones nummo uno mit Mancipation beziehen sich in der Gestalt, wie die Quellen sie uns vorführen, auf den Geldzustand, wie er seit Einführung des Uncialfußes oder der lex Flaminia v. J. 537 bestand, mithin seit der Zeit, in der das Kupfer zur Scheidemünze geworden war und Rom die reine Silberwährung adoptirt hatte [11]. Man darf hieraus nicht zu Viel ableiten und etwa meinen wollen, die mancipationes nummo uno würden wohl überhaupt erst seit dem Jahre 537 aufgekommen sein. Die lex Cincia vom Jahr 550 kennt höchst wahrscheinlich schon die mancipatio donationis causa, also nummo uno [12]. Es ist aber nicht sehr glaublich, daß solche gerade erst zwischen 537 und 550 aufgekommen sein sollte. Wir werden also wohl annehmen müssen, daß sie bereits geraume Zeit vor dem Jahre 550 (mithin auch schon in der Zeit als der Sesterz noch nicht aus 4 Assen bestand) in Gebrauch war, um in der Weise, wie es geschehen ist, zum Anknüpfungspunkte für das Cincische Gesetz verwendet werden zu können.

37 §. 37. (Erwähnung des Preises in der Mancipationsformel?) — Noch eine Schlußfrage. Sie bezieht sich gemeinsam auf die in den letzten beiden Abschnitten untersuchten Mancipationen der älteren und der neueren Gestalt.

Huschke behauptet [1]), daß in die Formel der Mancipation aufgenommen wurde a) bei wirklichem Kauf: der wirkliche Preis

---

11) S. darüber Mommsen Geschichte des Röm. Münzwes. S. 288 ff. S. 379 ff. Hültsch Metrol. S. 215. 218.

12) Vat. Fr. §. 310. Puchta C. d. Inst. II. §. 206 aa.

1) Instr. Fl. Synt. p. 41. 42. Nexum S. 46. 171. Ihm stimmen bei Rudorff a. a. O. S. 119. Note 37. Keller Inst. S. 30. 32.

(eaque res mihi esto empta tot assibus [z. B. X milibus se- 37
stertiorum] hoc aere aeneaque libra); b) bei nicht kaufweiser, aber mit utilitas des Mancipanten verknüpfter, Mancipation: die diese utilitas bezeichnende causa (esto empta hoc aere aeneaque libra permutationis oder dotis causa); c) bei Mancipationen aus Liberalität (die nach Huschke's Ansicht allein mit venditio nummo uno verknüpft wurden): die Angabe der donationis causa (esto empta hoc aere aeneaque libra donationis causa sestertio nummo uno).

Ich halte dies nicht für richtig.

1. Zunächst beim wirklichen Kaufpreis. Ich weiß nicht sicher, wie man sich die Worte: est mihi emta decem milibus sestertiorum hoc aere aeneaque libra, übersetzt denken soll: „Diese Sache ist eine mir erworbene um 10000 Sesterzen durch dies Erz und die eherne Wage"; oder: „Sie ist eine mir gekaufte um 10000 Sest. um dies Erz und durch die Wage"? Wenn man es fassen wollte: „durch dies Erz und Erzwage, so läge darin gleich der Gedanke angedeutet, daß hier ein Erwerb durch eine Solennität stattfinde. Es wäre soviel als: „ich erwerbe durch die Art und Weise dieser Solennität"[2]). Das aber hieße den Handelnden contemplativ über den Act stellen, während er mitten darin steht. Es kann nicht der Act so entstanden sein, daß man den Handelnden gleich erklären ließ: „dies thue ich um der Solennität willen", sondern er sagt (und das ist die Solennität) genau, was er thut; er sagt, daß er die Sache um Geld erwerbe (d. h. kaufe), und dies Kaufen läßt sich in alter Zeit, wo das Erz gewogen werden mußte, um als Geld zu fungiren, nur so ausdrücken: „ich erwerbe um dies Erz und mit dieser Wage" (oder ich erwerbe mit diesem Erz und dieser

2) Die Worte hoc aere aeneaque libra wären dann als s. g. ablativus modi aufzufassen.

37 Wage)[3]). Also dies Erz wird hier, wie es ja auch Gaius bezeichnet, für veluti pretii loco stehend erklärt. Wie aber kann man den Erwerber in Einem Athem sagen lassen: „ich erwerbe um dies Erz" und: „ich erwerbe um 10000 Sesterzen" (d. h. nicht um jenes Erz)? Er kann ja nur Eins sagen, Beides neben einander widerspricht sich; sagte er den wirklichen Preis, so müßte das aes wegfallen. Da er aber entschieden hoc aere aeneaque libra sagt, so kann er nicht gleichzeitig den wirklichen Preis nennen, denn eben das aes ist hier um der Solennität willen an die Stelle des Preises (pretii loco) gesetzt worden. Daß nun dies in der Solennität als der Preis fungirende aes mit dem wirklichen pretium in juristischer Verbindung bleibe, dafür ist auf anderem Wege gesorgt, indem in der oben genauer erörterten Weise die Wirkungen der Mancipation, insbesondere Eigenthumsübergang und auctoritatis actio, erst mit der Preiszahlung (oder in Betreff des Eigenthumsüberganges auch Preiscreditirung) eintreten.

Und was sind nun die Gründe der auch den wirklichen Preis in die Mancipationsformel ziehenden Ansicht? Lediglich eine einzige Stelle, die aber nichts beweist. Es ist Vat. Fr. §. 50, worin von der Deduction des Ususfructs bei den Formeln der in iure cessio und mancipatio gesprochen wird, also die Frage vom Pretium gar nicht Gegenstand der eigentlichen Betrachtung war. Hier sagt Paulus:

> item in mancipatione: „emtus mihi est pretio deducto usufructu ex Kal. illis" vel „usque ad Kal. illas".

3) Es ist hoc aere aeneaque libra ein s. g. ablativus instrumenti. — Bei der Testamentserrichtung, wo die, eine imaginaria venditio enthaltende, mancipatio selbst wieder als rein imaginaria betrachtet wurde [Ulp. XX. 2. Gai. II. 103. „dicis gratia propter veteris iuris imitationem", — also hier hat „imaginaria" mancipatio lediglich die Bedeutung eines „simulirten" Geschäfts im Sinn des §. 33. a. E.], fing man dann auch an, die Worte aeneaque libra ganz wegzulassen. Gai. II. 104.

Das Wort pretio soll darthun, daß in der Mancipationsformel 37
neben den Worten hoc aere aeneaque libra auch der wirkliche Preis genannt worden sei. Wenn Paulus sagte: emtus mihi est pretio hoc aere aeneaque libra, so wäre die Stelle allerdings beweisend. Aber die entscheidenden letzteren Worte hoc aere aeneaque libra fehlen gerade, und diese letzteren Worte bedeuten, wie ich eben erörterte: „(ich erwerbe die Sache) mit diesem Erz und dieser Wage", oder: „mit diesem gewogenen Erz", oder kurz: „mit diesem Preise". Also man kann die Mancipationsformel auch einfach so erklären, daß sie den Sinn hat: emtus mihi est *pretio*. Wenn nun ein Jurist die Formel zu einem ganz anderen Zweck kurz angeben will (er läßt ja auch die Worte hanc ego rem ex i. Q. meam esse aio weg), wie kann er kürzer und passender die Worte hoc aere aeneaque libra ausdrücken, als mit dem Worte pretio? Und eben weil er nur: pretio sagt, sieht man, daß es sich um ein kurzes bezeichnendes Wort für hoc aere aeneaque libra handelte. Der Jurist konnte natürlich nicht sagen emta mihi est pretii *loco*; das hätte gar keinen Sinn. Der ganze Sinn der Formel ist: „ich erwerbe mir hiemit die Sache *für diesen* (in der Hand gehaltenen) *Preis*". Indem das aes, welches der Erwerber in der Solennität zahlt, in Folge der ganzen civilrechtlichen Construction des Geschäfts als Preis (pretii loco) behandelt wird ohne es zu sein, so kommt eben für den Erwerber im Momente der Solennität nur der Solennitäts-Preis in Betracht; der Erwerber könnte, wenn nicht jene Worte emta mihi est hoc aere aeneaque libra die unerschütterlich herkömmlichen gewesen wären, an sich gerade so gut sagen: emta mihi est hoc pretio. Das ist es was Paulus dazu veranlaßt, da wo es ihm nur auf eine rasche Zusammenfassung der Formel ankommt, für jene mehren Worte den kurzen Ausdruck pretio zu substituiren[4]).

4) Keller S. 32 hebt noch zur Unterstützung der Huschke'schen Ansicht

37 2. Ebenso wie in der Formel nicht der wahre und der imaginäre Preis neben einander gestanden haben können, so ist es auch mit den später für die Mancipation zugelassenen sonstigen causae (Tausch, Transact, Dotalleistung u. s. w.). Der imaginäre Preis duldet in der Mancipationsformel nicht die sonstige causa, weil beide mit einander in Widerspruch stehen; mit Aufnahme der wirklichen causa hätte der imaginäre Preis verschwinden müssen; da aber letzterer entschieden nicht verschwunden ist, so kann jene nicht aufgenommen worden sein. Ich hob oben schon hervor, daß wenn z. B. die permutationis causa in die Formel Aufnahme gefunden hätte, eine vollständige Undeutlichkeit entstanden wäre. Wenn der Erwerber sagte: haec res mihi emta est hoc aere aeneaque libra permutationis causa, so hätte er ja nur permutationis causa erworben. — Hätte in der Formel imaginärer und wirklicher Preis zusammen gestanden, so durfte man schon aus der Formel ableiten, daß das Eigenthum nur soluto pretio übergehe. Dieser Satz galt

---

hervor: die in Vat. Fr. §. 50 enthaltene Andeutung werde „ganz vorzüglich durch die Form des vendere nummo uno verstärkt". S. 33 „die mancipatio blieb ihrem Wesen nach nur eine imaginaria emptio venditio, ein symbolischer Kauf. Das pretium konnte ein wahres oder es konnte ein nummus unus sein, in dessen Erwähnung sich eben das Symbol, das Andenken des Kaufes erhielt". — Die simulirte venditio, welche nummo uno geschah, und welche auch der Mancipatio zum Grunde gelegt werden konnte, läßt sich allenfalls noch eher, wie die mancipatio, als symbolischer Kauf bezeichnen; aber dabei bleibt doch die mancipatio in sich selbst unverändert, und also kann um der venditio nummo uno willen die mancipatio um nichts mehr ein symbolischer Kauf genannt werden, wenn sie nicht schon um ihrer selbst willen Anspruch auf die Bezeichnung hat (vgl. §. 32). Daß aber die mancipatio eine imaginaria venditio ist, beweist gerade umgekehrt, daß in ihrer Formel nur das imaginarium pretium und nichts weiter gestanden haben kann. Wie also durch das vendere nummo uno eine Erwähnung des wirklichen Preises in der Mancipationsformel nöthig geworden wäre, ist nicht einzusehen.

nun auch in der That beim wirklichen Kauf, und nur andere, 37
eben unter Nr. 1 hervorgehobene Gründe führen dahin, daß man dennoch den wirklichen Preis nicht in der Mancipationsformel suchen darf. — Wenn nun aber über den wirklichen Kauf hinausgehend gar die sonstige z. B. permutationis causa in der Formel stand, so war bestimmt ausgesprochen, daß der Erwerber die Sache nur auf Grundlage der materiellen Richtigkeit dieser causa bekomme. Galt also beim wirklichen Kauf schon ohnehin, und ganz abgesehen von der Formel, der Satz, daß man Eigenthümer aus der Mancipation nur nach erfolgter Preis-Zahlung oder -Creditirung werde, so mußte man nothwendig aus der in jener Weise abgefaßten Formel den Satz ableiten, daß man durch Mancipation Eigenthümer z. B. ex causa permutationis nur werde, wenn man seinerseits die Gegenleistung prästirt habe. Und das ist doch entschieden unrichtig (§. 35 Note 10).

3. Wenn es nicht zulässig ist, in der Mancipationsformel die Erwähnung des wirklichen pretium und der eine utilitas des Mancipanten enthaltenden materiellen causa zu vermuthen, so fällt schließlich von selbst die Annahme, daß bei der Schenkung die Formel die Worte donationis causa sestertio nummo uno in sich gefaßt habe. —

Die ganze hier verworfene Ansicht über die Fassung der Mancipationsformel ist hervorgegangen aus unrichtiger Anschauung über die Stellung der Mancipation zum Kauf. Ich fasse dies, am Ende der gesammten Entwicklung, noch einmal mit wenigen Worten zusammen:

a. Die mancipatio war stets, in früherer und späterer Zeit, im wahren Sinn des Worts, eine imaginaria venditio, d. h. das civilrechtlich construirte Bild des Kaufs. Das in der Mancipationsformel erwähnte Pretium (aes) ist immer nur das imaginäre Pretium (also loco des wirklichen Pretium) gewesen. Wäre das wirkliche Pretium darin erwähnt gewesen, so blieb

87 die Mancipation nicht mehr Bild des Kaufs, und wäre eine sonstige materielle causa erwähnt worden, so blieb die Mancipation nicht mehr Bild des Kaufs.

b. Die imago des Kaufs muß auf einem Kauf ruhen, der eben durch jene abgespiegelt wird; m. a. W.: die materielle causa der Mancipation kann immer nur ein Kauf sein. Die ältere Periode der Mancipation findet ihre Erklärung darin, daß diese materielle causa der Mancipation auch stets ein wirklicher Kauf war, dessen materielle Preiszahlungsfrage deßhalb auch nothwendig auf die Wirkungen der Mancipation-Einfluß haben mußte.

c. Die spätere Fortbildung der Mancipation ist die, daß man an die Stelle eines wirklichen Kaufs einen (ganz abgesehen von aller Mancipation auch noch sonst verwendeten) simulirten Kauf nummo uno setzen konnte. Also es war ein zweiter Begriff des imaginären Geschäfts geschaffen worden, imago nicht im Sinn der civilistischen Perfection eines Geschäfts, sondern imago in der Bedeutung von materieller Simulation eines Geschäfts. Die Verknüpfung der mancipatio mit venditiones nummo uno hat die Bedeutung, daß jetzt jede beliebige causa außer Kauf in die Mancipation eingekleidet werden kann, dafür aber auch alle materielle Einwirkung auf die Mancipation verliert. Die mancipatio ist in so weit zu einer bloßen civilrechtlichen Eigenthumsübertragungsform geworden. Sie hat in dieser Gestalt lange mit zwei gezahlten Scheinpreisen bestanden, dem nummus unus als simulirtem Substituten des gemünzten Geldes also des wirklichen Preises, und dem aes als Solennitätsrepräsentanten des Preises. Erst in der letzten Zeit der Römischen Rechtsgeschichte ist, wie die sonstigen Mancipationsformen hinwegfielen, so auch hinsichtlich des Unterschiedes dieser zwei Scheinpreise Kunde und Verständniß verloren gegangen, und beide sind, gleichmäßig für Kauf, Schenkung und sonstige Ei-

genthumsübertragungen, in den nummus unus usualis domi- 37
nicus assium quatuor zusammengeschmolzen.

§. 38. (*Princip der Mancipation.*) — Können 38
wir, — mit dieser Frage müssen die gesammten Resultate der
bisherigen Untersuchung einer zusammenfassenden Critik unter-
zogen werden, — von einem bestimmten *Princip* der Mancipa-
tion reden? Mit anderen Worten: giebt es eine gewisse Grund-
idee, welche die treibende Kraft war, der das Rechtsinstitut der
Mancipation seine Gestaltung verdankte, und aus der sich daher
dessen Einzelnheiten, insofern solche nicht wieder anderen von
Außen herzutretenden Einflüssen unterworfen waren, erklären?
In der That läßt sich dies bejahen. Es ist auch keineswegs neu,
daß man diese Frage aufgeworfen und zu beantworten versucht
hat. Ist aber die abschließende Antwort bereits gegeben worden?

Huschke hat, — im Obigen war schon Gelegenheit es
mehrfach hervorzuheben — den treibenden Grundgedanken der
Mancipation darin gefunden, daß sie lediglich eine *Eigen-
thumsübertragung* habe sein wollen. Der damit eingenom-
mene Standpunkt ist indeß viel zu eng. Es heißt dies dasje-
nige, worin die Mancipation ausgelaufen ist, für die bewegende
Kraft erklären, das später Gewordene zum Grunde des Wer-
dens erheben, das Ende zum Anfang machen (vgl. §. 35 a. E.).
Man wird diese Huschke'sche Auffassung, wenn auch mehr oder
weniger von verschiedenen Schriftstellern präcisirt, doch für die
heutzutage herrschende erklären müssen. Die Römer hatten (in
dieser Weise werden sich wohl die Meisten die Sache denken) das
Bedürfniß, abgesehen von der in iure cessio (die Manche für
älter, Andere für jünger als die mancipatio halten) eine allge-
meine civilrechtliche Eigenthumsübertragungsform zu schaffen.
Für Beide, in iure cessio wie mancipatio, bedurfte man eines
gegebenen Anhaltspunktes, um danach das Eigenthumsübertra-
gungsgeschäft zu construiren. Man that dies nach dem Cha-

38 rakter alter Zeit durch Verwendung von Symbolen. „So wie die in iure cessio eine symbolische Vindication war, so die mancipatio 'ein symbolischer Kauf" (Keller). Die mancipatio war die „Form des Kaufs", dazu verwendet, ein Eigenthumsübertragungsgeschäft herzustellen.

Auf diese Weise wird, mit Verwendung zum Theil richtiger Elemente, doch ein im Ganzen unzutreffendes Bild hergestellt. Es wird damit der mancipatio der Charakter einer künstlichen Schöpfung beigelegt, wie sie entstehen würde, wenn sich ein moderner Gesetzgeber ausdächte, er wolle eine allgemeine Eigenthumsübertragungsform auf Grundlage eines fingirten Kaufgeschäfts einführen. Und doch liegen alle drei hierin enthaltenen Momente der mancipatio in ihrer früheren Gestalt völlig fern. Sie sollte gar nicht bloß eine Eigenthumsübertragungsform sein, noch weniger eine allgemeine Eigenthumsübertragungsform, und noch viel weniger ruhte sie auf der Fiction (§. 30 Note 13) des Kaufs. Allerdings in der in iure cessio, deren Entstehungskeime wir wohl auf die ältesten Zeiten zurückführen müssen[1]), lag der Gedanke einer allgemeinen Veräußerungsform von Eigenthum und ähnlichen Rechten, und dem entspricht es, daß der in iure cessio alle Begründung auf eine materielle causa fremd ist. Aber bei der mancipatio stehen wir auf völlig anderem Boden. Sie ruht auf einem concreten einzelnen Vermögensgeschäft. Es ist nicht die Weise alter einfacher Rechtszustände, daß man sagt: „wir wollen den Begriff des Kaufes nehmen, und, indem wir ihn nur als einen symbolischen, fictiven oder scheinbaren verwenden, uns einen allgemeinen Veräußerungsact schaffen". Wenn primitive Rechtsbildung einen allgemeinen Eigenthumsübertragungsact schaffen will, so bildet es ihn als einen von der materiellen causa abge-

1) S. meine Civ. Studien III. Beil. 2.

löſten. Wir haben dies oben auch für die deutſchrechtliche vestitio zutreffend gefunden. Wo aber in den Veräußerungsgeſchäften alter Zeiten ein Kauf auftritt, da iſt der Kauf ſicherlich urſprünglich ein wirklicher, kein ſcheinbarer, geweſen. Der Rechtsſinn alter Zeiten hat noch gar nicht Gewandtheit genug, um durch Fiction, Suppoſition oder Unterſtellung ein gewiſſes juriſtiſches Ziel auf Umwegen erreichen zu wollen. Wo ein ſolcher Umweg eintritt, wo wir alſo z. B. einen lediglich ſcheinbar verwendeten Kauf finden, da werden wir vorausgehende lange Zeiten uns zu denken haben, in denen den geſchäftabſchließenden Menſchen jener Kauf eine wahre und volle Realität war. 38

In der That erkennen demgemäß auch manche Schriftſteller für die mancipatio eine älteſte Durchgangszeit an, in welcher dem bei ihr vorkommenden Kauf eine gewiſſe Wirklichkeit zugeſtanden wird. Huſchke [2]) giebt zu, daß die mancipatio urſprünglich ein wirklicher Verkauf um den zugewogenen vollen Kaufpreis geweſen ſein möge (hier ſpricht er von einer Zeit, in der die mancipatio noch gar kein fixirter Solennitätsact war; vgl. §. 11 Nr. 2); daß dann aber, als die mancipatio ſchon frühzeitig in eine imaginaria venditio übergegangen war, ihre Gültigkeit bei wirklichem zum Grunde liegenden Kaufgeſchäft von der reellen Erfüllung in Betreff des Preiſes abhängig blieb. Alſo Huſchke ſtatuirt in richtiger Weiſe eine Abhängigkeit der mancipatio von der materiellen causa venditionis, und läßt dieſe nur für die von ihm behauptete Formulirung: haec res mihi empta esto p e r m u t a t i o n i s causa u. ſ. w. fallen. Dabei äußert ſich Huſchke nicht ganz beſtimmt darüber, ob er dieſe auf Tauſch, dos u. ſ. w. anwendbare Formulirung der Mancipationsworte gleich von Anfang an, ſeitdem überhaupt das Geſchäft eine imaginaria emtio geworden ſei, als beſtehend

2) Nexum S. 44. 45.

38 annimmt. Fast mögte ich dies glauben, indem Huschke es ja so besonders betont, daß der Gedanke der mancipatio der der Eigenthumsübertragung sei[3]). Ihm hat das imaginäre Geschäft von vorn herein den Zweck, alle causae der Eigenthumsübertragung (wirklichen Kauf und sonstige causae) in eine einzige Rechtsform zusammenfassen zu können. Man reducirte nach Huschke, als die solennitas mancipationis nasceretur, durch verschiedenartige Formulirung alle Veräußerungs-causae des Eigenthums auf die imaginaria venditionis causa, und an sich entstehen deßhalb aus der mancipatio, auch der nicht auf Grundlage eines wirklichen Kaufs vorgenommenen, formell alle Wirkungen des Kaufs[4]).

Der Entwicklungsgang muß aber anders gedacht werden. Die Formulirung der Mancipation ist immer eine und dieselbe geblieben, ihr Princip war stets: civilrechtliche Perficirung eines Kaufgeschäfts. Aber es muß längere Zeit verflossen sein, in der die Römer dies Kaufgeschäft nur als wirkliches kannten. Nicht eine allgemeine Eigenthumsübertragungsform wollte man schaffen; nicht subsumirte man sich von vorn herein durch verschiedene Formulirung alle Veräußerungscausae unter den Begriff eines imaginären Kaufs; nicht leitete man aus dem Kauf formell alle Kaufeswirkungen ab, (denen dann aber zur Erfüllung der Form noch eine wirkliche materielle causa hätte hinzutreten müssen), — sondern: daß die mancipatio an sich alle Wirkungen eines Kaufes hervorbringt, erklärt sich daraus,

3) Huschke stellt sich bei seiner Darstellung (Flav. Synt. p. 41) ganz auf die alten Zeiten: Quandoquidem vero Romani, cum mancipationis solennitas nasceretur, aerea pecunia, quam adpendebant, utebantur, idcirco semper aes et libra in ea adhibita sunt. Iam vero omnes causas, ex quibus dominium per mancipationem transferendum esset, ad illam imaginariam venditionem referri oportebat, cet.

4) Huschke Nexum S. 45.

daß sie die juristische Vollendung eines wirklichen Kaufs ist. Es 38
ist für die ältere Zeit schon gar nicht recht zutreffend, den Kauf als die „causa“ der mancipatio zu bezeichnen. Darin liegt schon, daß man doch in die letztere überwiegend den Gedanken der Eigenthumsübertragung legt, und als dessen Grundlage eine Mehrheit von causae als möglich sich vorstellt. Wer wird, wenn heutzutage ein Geschäft nach Rechtsvorschrift zu seiner Perfection z. B. schriftlicher Fassung bedarf, letztere Urkunde als eigenen Rechtserwerb auffassen und das materielle Geschäft als causa dem gegenüberstellen? Bei Huschke, — der, auch wenn er den Eigenthumserwerb so ganz besonders betont, doch auch andere Kaufwirkungen in der Mancipation (insbesondere die Verpflichtung zur Gewähr) anerkennt, — ist jedenfalls die Mancipation selbständige eigene Quelle ihrer Rechtswirkungen; er faßt die Mancipation als getrennt vom wirklichen Kauf, und kann also von vorn herein auch die durch Formelveränderung herstellbare Verwendung auf andere Rechtsgeschäfte wie Tausch u. s. w. anerkennen. So wird denn die Mancipation nicht Perfection eines Kaufs, sondern ein eigenes (formales) Rechtsgeschäft auf das nur andere (materielle) Rechtsgeschäfte (wie Kauf, Tausch) eine gewisse Wirkung äußern. Sagen wir, die Mancipation ist die Perfection eines Kaufgeschäfts, so können wir Kauf und Mancipation nur als die materielle und formale Seite eines einzigen Geschäfts (als emtio quae mancipii est) betrachten; läugnen wir aber dieses Letztere, so ist auch der Grundgedanke der Mancipation nicht die natürliche, durch den Verkehr so nahe gelegte, Idee, daß man für das wichtige Kaufgeschäft einen formell genau constatirten Perfectionsmoment gewinnen wollte — es wird dann vielmehr zum Grundgedanken der Mancipation ein dem reellen Kauf ganz fremder künstlicher gemacht, für den eben noch gar keine Beweise vorliegen, wie er in der Römischen Welt habe auftauchen können.

38 Warum denn, wenn man lediglich eine Eigenthumsübertragung construiren wollte, die auch ohne Kaufes-causa verwendbar war, nicht gleich sie so einrichten, daß der Act von der causa juristisch unabhängig war? Daß die Römer im Stande waren, so Etwas richtig zu gestalten, zeigt uns die in iure cessio. Warum denn also bei der auf wirklichem Kauf ruhenden mancipatio noch sagen, daß ihre Wirkung der Eigenthumsübertragung von Preis-Zahlung oder -Creditirung abhängig sei? Man kommt von dem Grundgedanken der Eigenthumsübertragung aus, ganz von selbst zu der oben geschilderten extremen Ihering'schen Ansicht, daß gerade der Zweck des Ganzen war, das Geschäft unabhängig von der causa zu machen. Will man dies Ziel nicht, so wird man auch den Ausgangspunkt, der auf dies Ziel hinführt, verlassen müssen. Insbesondere aber bei Ihering hat die Auffassung, von wem und in welcher Weise die mancipatio „gemacht" worden sei, noch einige ganz besondere, ich mögte sagen, unrömische Auswüchse getrieben. Man wollte eben, meint Ihering, eine von der causa losgelöste Eigenthumsübertragung herstellen, die Jurisprudenz führte dies einfach auf dem Wege des „Formalismus" durch. Man formulirte ein Scheingeschäft, man machte mit Ernst und Anstand die „Comödie", daß man in die mancipatio dicis causa die Zahlung aufnahm. — In dieser Weise willkürlich haben Römische Juristen nicht verfahren können. Wohl hat das von ihnen gehandhabte Formelwesen eine große Rolle gespielt, wohl hat man vielfach Dinge, für die der lebendige Sinn entschwunden war, in äußerlich simulirter Weise festgehalten, um daran die alten Wirkungen zu knüpfen (dictum quasi actum — und dann bisweilen noch weiter: licet non dicantur ut dicta accipiuntur)[5]. Derartiges weist die Entwicklung der verschiedensten Völker auf.

5) Danz der sacrale Schutz S. 236 ff.

Aber nimmer konnten die Juristen dies (um einer 12 Tafel-Bestimmung zu entgehen) als Spiel, als Mittel für ihre „geschickten Manipulationen" in der Weise benutzen, daß sie auf solchem Wege in die althergebrachte Mancipation (wie sie Ihering sich denkt), als ein den Charakter des ganzen Actes völlig umwerfendes zweites Stück, die Scheinzahlung hineingesetzt hätten. Die Juristen waren damals wie später Diener und Interpreten des Bestehenden. Sie haben diese ihre Thätigkeit früher in einer formalistischen, später in einer geistig freieren Weise geübt, aber ihr Standpunkt dem geltenden Rechte gegenüber blieb dabei immer derselbe. Unter dem Deckmantel des Formalismus konnten sie so wenig eine solche „juristische Construction", wie sie Ihering voraussetzt, zu Stande bringen, wie in späteren Zeiten irgend Jemand mit dem formlosen Vorschlag hätte auftreten können: „Laßt uns den einseitigen Ergreifungsact des manu capere für einen Kaufact erklären bei welchem die Preiszahlung fingirt wird; auf diese Weise erfüllen wir die uns bindende Vorschrift der 12 Tafeln, daß der Kaufpreis gezahlt oder creditirt sein müsse, und haben zugleich den Vortheil, daß damit eine für alle causae brauchbare Eigenthumserwerbart hergestellt ist". 38

§. 39. (Fortsetzung.) — Gegenüber der Ansicht, die in der Mancipation den Grundgedanken einer Eigenthumsübertragungsform sucht, — faßt die Sache richtiger Keller (s. oben §. 2 Nr. 1). Nach ihm ist die Mancipation [„die Form des Kaufs" [1])] ursprünglich „der ganze Kauf mit seinem persönlichen und dinglichen Elemente"; „erst später wurde das dingliche Element in der Bedeutung der mancipatio das Vorherrschende". Dies trifft insofern zu, als die Mancipation ursprünglich" [2]) den 39

1) Diese Worte lassen sich freilich so verschieden deuten, daß sie Jeder adoptiren wird, was auch im Uebrigen seine Ansicht über die Mancipation sein möge; s. auch §. 31 Note 1.

2) Gewiß wird sich in dieser „ursprünglichen" Zeit Keller die Manci-

39 ganzen Kauf[3]) umspannte, und mit Recht wird von Keller ein Gegensatz gemacht zwischen der älteren („ursprünglichen") Zeit und zwischen der späteren, in der das dingliche Element der Eigenthumsübertragung in der mancipatio das Vorherrschende wurde. Doch aber spricht Keller für jene ältere Zeit den Zusammenhang zwischen dem materiellen Kaufbestandtheil, der Preiszahlung, und der Mancipation nur unbestimmt aus. Wir haben schon gesehen, daß er sich die Zahlung der Solennität nachfolgend denkt, daß er nur sagt, sie „möge wohl ursprünglich" „wohl gewöhnlich" der Solennität gefolgt sein. Also gerade als juristische Perfection des materiellen Kaufgeschäfts, als einen Act der die juristische Quelle und der Entstehungsmoment der einzelnen Kaufeswirkungen (Eigenthumsübertragung, Klage wegen Gewähr) sein wollte, aber diese Wirkungen denn auch, als bloße Perfection des materiellen Geschäfts, nur haben konnte, wenn der Kauf materiell durch die Preis-Zahlung oder -Creditirung seine Erledigung gefunden hatte, — faßt Keller die mancipatio nicht auf. Sie ist ihm ein „symbolischer" Kauf, der ursprünglich eben nur factisch auf Grundlage eines wirklichen Kaufs verwendet wurde, indem die Römer auf den Gedanken noch nicht gekommen waren, die mancipatio als lediglich symbolischen Kauf ohne vorliegenden wirklichen Kauf zu gebrauchen. Aber auch die Fassung dieser späteren Zeit kann ich Keller nicht zugeben. Man kann von dieser Zeit nicht sagen: „die manci-

---

pation doch schon als fixirten Solennitätsact denken, — im Gegensatz zu der Vorperiode (die ja auch Huschke zugiebt), in der das Wägen des wirklichen Preises auf der Wage stattfand (§. 11 Nr. 2), an welche Sitte des Wägens man denn eben bei Schaffung des solennen Acts der Mancipation (der von vorn herein das imaginäre aes enthalten haben muß) anknüpfte.

3) d. h. nicht die Summe aller Kaufgeschäfte (denn es kamen auch Käufe ohne Mancipation vor), sondern das ganze concrete Kaufgeschäft, bei welchem überhaupt eine Mancipation vorgenommen wurde.

patio blieb ihrem Wesen nach nur ... ein symbolischer Kauf". 39
Die Mancipation hat nach der käuferischen Seite hin in Betreff der Preiszahlung (oder Creditirung) das Moment, daß sie juristische Perfection des materiellen Actes ist, stets festgehalten, es ist immer dabei geblieben, daß das imaginäre aes dare für den Käufer der eigentliche Entstehungsgrund des Eigenthums an der gekauften Sache ist (also wirkliches Preiszahlen hat diese Kraft nicht), daß aber andererseits jene juristische Quelle des Eigenthumserwerbes ihre Kraft nur haben kann auf Grundlage der factischen Wirklichkeit, welche sie juristisch vollendet (also ohne wirkliches Preis-Zahlen oder -Creditiren hat sie diese Kraft nicht). Insofern mithin die mancipatio auf Grundlage wahren Kaufs vorgenommen wurde, ist sie nie ein „nur symbolisches" Geschäft geworden [4]). Insofern sie aber in ihrer späteren Periode auf Grundlage anderer materieller causae vorgenommen wurde, trifft die Keller'sche Bezeichnung ebenfalls nicht zu, denn hier ist an sich die mancipatio unverändert geblieben, das Symbolische oder Imaginäre (Keller nimmt, wie wir wissen, Beides gleichbedeutend) hat also seine frühere Bedeutung nicht verloren, daß es nur die juristische Perfection eines anderweiten materiellen Geschäfts war. Die Mancipation hat in dieser späteren Periode die bloß Eigenthum übertragende Kraft nicht deßhalb bekommen, weil sie selbst ein „nur symbolisches oder imaginäres Geschäft geworden wäre", sondern weil sie zur Perfection eines formlosen simulirten Kaufgeschäfts, in welchem nichts lag als die Constatirung des animus transferendi und accipiendi dominii, verwendet wurde. Aber nachdem man lediglich zum Zweck der Ei-

4) Die Mancipation hat dabei auch ihre, noch in Paulus rec. sent. als geltendes Recht vorgetragenen obligatorischen Wirkungen (auctoritatis actio, actio de modo agri) fortbewahrt. Nur traten dieselben im Rechtsleben der späteren Zeit factisch ganz zurück, weil diese in der Kaufobligation des Consensualcontracts viel ausgebildetere Gestaltungen darbot.

89 genthumsübertragung dies einmal zugelassen, so mußte man denn auch sagen: weil das simulirte Kaufgeschäft als Kauf substanzlos (§. 31 Note 8), und dieses simulirte Geschäft durch die mancipatio perfect geworden, so kann aus der mancipatio nicht entstehen, was die materielle Kaufsubstanz voraussetzt. Also z. B. eine Evictionsklage wegen geschenkter und mancipirter Sache entsteht nicht etwa noch immer formell aus der mancipatio (wie Huschke will), sondern ipsa iuris ratione ist dem Sacherwerber diese Klage gar nicht erwachsen (§. 32 Note 7).

Zweites Buch.

Eigenthumstradition.

Erstes Capitel.

Heutige Auffassung der Eigenthumstradition.

§. 40. (Vertrag und dingliches Recht.) — Es ist 40
ein lange fortgetragenes Dogma, daß die Tradition da, wo in iure cessio und mancipatio nicht in Betracht kommen, ein allgemeines Princip des Sachenrechts in sich fasse. Zur Entstehung dinglicher Rechte sei sie nothwendig, bloße Verträge könnten nur Obligationen erzeugen.

Der besondere Streit über die Servituten, zu dem sich diese Frage vorzugsweise gestaltet hat, kann hier bei Seite gelassen werden, dagegen kommt es auf die Feststellung der verschiedenen allgemeinen Standpunkte an. Die Einen nehmen an, daß es in Betreff der Constituirung der dinglichen Rechte civilistische Unmöglichkeiten giebt. Freilich räumt Vangerow ein [1]), daß durch positiven Rechtssatz die Constituirung des dinglichen Rechts, insbesondere auch des Eigenthums, mittelst bloßer Willenseinigung zugelassen werden könne. Es wäre das [wie z. B. das Französische Recht in Betreff der Eigenthumsübertragung] wohl gedenkbar, aber nur nicht civilistisch zweckmäßig und weise. Jedenfalls entstanden nach Römischem Recht Eigenthum und Servituten nur durch Tradition. Dage-

1) Pand. I. S. 753 (7te Aufl.).

40 gen hält Vangerow es überhaupt für civilistisch unmöglich, daß durch Willenseinigungen, in denen nur das Geben und Nehmen eines Versprechens liege (wie in den Römischen pactiones et stipulationes), ein dingliches Recht entstehen könne. — Andere dagegen nehmen für dingliche Rechte (und also insbesondere auch Servituten) die Möglichkeit der Entstehung durch bloße Verträge unbedenklich an. Schmidt[2]) erklärt überhaupt die civilistischen Unmöglichkeiten für „ein eigenes Ding". Denn wenngleich man gewisse Sätze für naturalis ratio erklären könne, so müsse man doch, da natürlich die Gesetzgebung auch davon das Gegentheil bestimmen dürfe, alsbald demgemäß „einlenken", und vermöge dies auch einfach dadurch, daß man nur durch Terminologie das auf der naturalis ratio Ruhende und das ihr Entgegenstehende unterscheide. Also damit scheint sogar Schmidt (ebenso wie er beim ususfructus zunächst eine naturalis ratio einräumt) ein Gewisses in Betreff der naturalis ratio auch für die Constituirung dinglicher Rechte als möglich zuzugestehen. Aber jedenfalls findet er darin einen nur factischen Unterschied, demgemäß man in der Terminologie die auf bloßen Vertrag gebaute Servitut allerdings durch quasi charakterisiren könne. Einen juristisch bedeutsamen Gegensatz giebt er, da natürlich die Gesetzgebung in solchen Fragen vollkommen freie Hand habe, nicht zu.

Bei dieser Meinungsverschiedenheit haben wir in unseren civilistischen Argumentationen, in der Weise des alten naturrechtlichen Standpunkts, Sätze vor uns, die einer eigentlich dogmatischen Begründung völlig entfliehen. A priori soll in Verträgen Gewisses nicht festgestellt werden können, während Andere gerade umgekehrt nach aprioristischer Annahme die Zulässigkeit solcher Feststellung annehmen. Indem einerseits ge-

2) Bekker u. Muther Jahrb. III. S. 268.

sagt wird, selbst wenn Etwas civilistisch unmöglich und der naturalis ratio widersprechend sei, so komme doch Alles lediglich auf die Thatsache des positiven Rechtswillens an und es werde höchstens eine Verschiedenheit der Terminologie in Frage stehen, 40
— so wird damit die entgegengesetzte Ueberzeugung sich zunächst gar nicht berührt fühlen. Diese Ueberzeugung tritt in der Art eines civilistischen Glaubensbekenntnisses auf; indem nur durch Tradition die Entstehung dinglicher Rechte für civilistisch weise, das Begründen dinglicher Rechte durch versprechende Verträge geradezu für civilistisch unmöglich erklärt wird, so muß eben der Anhänger dieser Glaubensartikel eine entgegenstehende Gesetzgebung für unweise und verkehrt halten; er wird seines Glaubens weiter leben. Andererseits kann dieser bloße Glaube wiederum dem Gegner wenig einleuchten, welcher letztere meinen wird, daß sich doch z. B. mit der „unweisen" das Eigenthum aus Vertrag erzeugenden französischen Gesetzgebung ganz gut leben lasse, und welcher der Ansicht, dingliche Rechte könnten nicht durch versprechende Verträge entstehen, entgegenhalten wird: warum dürfe nicht der Gesetzgeber sagen, die Servitut, zu deren Leistung Jemand sich verkaufsweise verbindlich gemacht hat, solle nach Art einer cessio legis gleich auf den Promissar herüber springen, also im Moment der bloß obligatorischen Zusage doch alsbald dinglich constituirt sein? Ueberdies ist ja auch bekanntlich gerade die Ansicht, daß der bloße Vertrag schon das dingliche Recht begründe, eine bei den Naturrechtslehrern besonders beliebte und für die neuere Gesetzgebung nicht unwirksame gewesen[3]).

---

3) Warnkönig Arch. f. civ. Pr. VI. S. 122: „So haben auch die neueren Naturrechtslehrer von Grotius herab den Veräußerungsvertrag für hinreichend zur Eigenthumsübertragung gehalten und sogar die röm. Tradition als eine bloße Formalität angesehen — wohl gar als symbolische Handlung. Die neuere französische Civilgesetzgebung hat auch (einigermaßen) diese Grund-

40 Ebenso ungefähr wie die Frage, ob überhaupt für dingliche Rechte die Tradition nöthig sei, wird auch der andere Punkt behandelt, wie bei der Eigenthumstradition „an sich" die factische Besitzübergabe aufzufassen sei. Auch hier ist der Standpunkt ein halb und halb naturrechtlicher; es wird gefragt, wie *a priori* die wesentlichen Requisite der Eigenthumstradition zu construiren seien.

„Wenn auch, sagt Gneist[4]), der Tradent mit seiner Absicht ins Reine gekommen ist, so muß diese bewußte Absicht ferner äußerlich erkennbar werden. Dazu scheint freilich die Besitzübertragung zu dienen. Für *nothwendig* hat man diese wohl deßhalb erklärt, weil sich aus der Besitzübertragung der Beweis ergebe, daß der Geber nicht bloß habe veräußern wollen, sondern wirklich veräußert habe[5]). Allein es läßt sich *a priori* nicht wohl einsehen, warum diese Vollendung des Entschlusses nicht auch auf andere Weise ausgesprochen werden könnte. Das Erforderniß der Besitzübertragung ist vielmehr *für ein positives* zu erachten[6]). Leugnen läßt sich aber nicht, daß diese

---

ansicht zu gesetzlichem Recht erhoben, da es durch bloße Uebereinkunft der Partheien über den Eigenthumswechsel diesen stattfinden läßt". Hugo Civ. Mag. IV. S. 158. 159.

4) Formelle Vertr. S. 122. S. im Uebrigen meine Civ. Studien III. S. 181 ff.

5) S. auch Warnkönig Arch. f. civ. Pr. VI. S. 124: „Die Thatsache der Besitzesübertragung ist also Beweis und Garantie, daß der vorige Eigenthümer nicht bloß habe veräußern wollen, sondern wirklich veräußert habe". S. 126: „Beweis und *Vollendung* der Eigenthumsübertragung, die äußere Thatsache, welche den Eigenthumswechsel befestigt". Vergl. noch Hugo Civ. Mag. IV. S. 180.

6) Puchta (Vorl. I. §. 148) drückt sich so aus: die Sachübergabe ist die durch das allgemeine Recht festgestellte *Form* (Willensverkörperung) bei der Eigenthumsübertragung. Windscheid Pand. I. §. 171 Not. 3. Vgl. meine Studien III. S. 190. 191. — In Anknüpfung hieran nennt Strempel

Weise des Willensausdrucks lebendig und treffend ist. Wenn 40
der Tradent das Eigenthumsrecht an einer Sache aus seinem Rechtsgebiet herausnehmen und in die Rechtssphäre des Anderen hinüber geben will: so läßt sich dies Hinüberreichen aus der Willenssphäre des Einen in die des Andern kaum sinnlicher ausdrücken, als durch die Uebergabe des Besitzes". —

„Daß es, sagt demgegenüber Bremer[7]), nicht der Wille des bisherigen Eigenthümers sei, welcher bei einer Eigenthumsveränderung das neue Eigenthum bewirke, daß dieser Wille nicht als causa efficiens des Eigenthumserwerbes betrachtet werden könne, geht gerade aus der Nothwendigkeit der Sachübergabe unwiderleglich hervor. Der noch so deutlich, förmlich und feierlich erklärte Wille des bisherigen Eigenthümers, daß er sein Eigenthum übertragen haben wolle, einen Anderen als Eigenthümer anerkenne, kann diesem das Eigenthum nicht verschaffen, bewirkt nicht einmal einen Verlust des bisherigen Eigenthums. So lange eine Sachübergabe nicht erfolgt, so lange derjenige, welchem der bisherige Eigenthümer die Sache zuwenden will, nicht seinen Erwerbswillen durch Besitzergreifung körperlich bethätigt hat, kann der bisherige Eigenthümer alle im Eigenthum enthaltenen Rechte mit voller Wirksamkeit ausüben ..... Das Erforderniß der Sachübergabe, der Besitzergreifung von Seiten des Erwerbenden, für die Eigenthumsveränderung ist den Römern eine Naturnothwendigkeit, welche sich von selbst versteht und einer Erklärung nicht bedarf. Sie ist keineswegs, wie freilich manche Rechtslehrer angenommen haben, die Form eines Eigenthumsvertrages, die Einkleidung der auf Eigenthumsüber-

(iusta causa S. 22) von diesem Gesichtspunkte aus (nicht passend) die Eigenthumstradition einen „Formalvertrag"; also ganz anders wie andere Schriftsteller das Wort Formalact verstehen; s. oben §. 3.

7) Zeitschr. f. Civilr. u. Pr. N. F. XX. S. 57. 58.

40 tragung gerichteten Willenserklärung, etwa darauf berechnet, die Ernstlichkeit des Willens auf Seiten des Veräußernden wie des Erwerbenden, den vollendeten Vertragsabschluß erkennbar und erweislich zu machen. In unseren Quellen wird der Eigenthumserwerb durch Tradition dem ius gentium, dem ius naturale zugerechnet, mithin eine allgemein gültige innere Nothwendigkeit der Tradition vorausgesetzt, die Auffassung derselben als einer von dem Wesen verschiedenen und durch Willkühr festgestellten Aeußerlichkeit ausgeschlossen".

41 §. 41. (Animus transferendi und accipiendi dominii.) — Bei dem so eben geschilderten Standpunkte, daß man für die vorliegenden Fragen nur die beiden Elemente des Rechtswillens und des Individualwillens kennt, und dann für Beide so oder so gewisse a priori bestehende Nothwendigkeiten aufstellt oder umgekehrt leugnet, — ist es denn auch ganz erklärlich, daß die oben bereits genauer dargelegte Auffassung der Römischen Traditionslehre zur herrschenden hat werden können (§. 3 Note 12). Bei den Römern, für die es jedenfalls feststeht, daß die factische Sachübergabe (mag man sie als bloße positivrechtliche Form oder als Naturnothwendigkeit ansehen) zum Eigenthumsübergang erforderlich ist, soll es im Uebrigen nur noch des constatirbaren animus transferendi und accipiendi dominii bedürfen, m. a. W. die Eigenthumstradition stützt sich lediglich auf das voluntare Element, auf eine weitere causa traditionis kommt es nicht an. „Es ist ein Fundamentalsatz, daß Eigenthum durch den übereinstimmenden Willen der Parteien bei jeder Tradition übergehe, ein Satz der fest im Bewußtsein eines jeden römischen Juristen stand"[1]). „Jedermann, Jurist oder Nichtjurist, wird sagen müssen, daß es der Wille dessen sei, dem das Recht zustand, der es Anderen überlassen konnte

---

1) Dernburg Arch. f. civ. Pr. XL. S. 12.

und nun wirklich jemandem überlassen habe. Eine jede Gesetz- 41
gebung, das Recht aller Völker wird daher den Grundsatz der freien Veräußerungsbefugniß unserer Rechte anerkennen. Dieser Grundsatz ist — der Natur der Sache gemäß" [2]).

Prüfen wir nun diese Ansicht, die, wie ich schon oben hervorhob, von Savigny, Bähr, Strempel, Schlesinger und vielen Anderen vertheidigt wird, genauer. Zuvörderst sind jedoch von der Betrachtung auszuscheiden alle diejenigen Fälle, welche wohl als Sachtraditionen aber gar nicht als Eigenthumstraditionen von den Parteien gemeint sind. Es ist selbst möglich, daß unter den Parteien bereits eine causa, z. B. die Kaufescausa feststeht, und doch unter ihnen nur eine rein äußerliche Sachübergabe zu Detention oder Besitz stattfand. So kann der Käufer einer Sache dieselbe (bis zur Preiszahlung) miethen und in Folge dessen eingehändigt erhalten, aber diese Sachübergabe erfolgte ohne animus transferendi und accipiendi dominii, also eine Eigenthumstradition liegt nicht vor [3]). Der animus transferendi und accipiendi dominii ist etwas durchaus Selbständiges [4]), dessen factische Existenz keineswegs in dem Bestehen einer causa von selbst als gegeben erscheint [5]); das

2) Warnkönig Arch. f. civ. Pr. VI. S. 121. 122.

3) Fr. 16 de peric. et comm. (18. 6): servi emtor si eum conductum rogavit, donec pretium solveret, nihil per eum servum acquirere poterit, quoniam non videtur traditus is, cuius possessio per locationem retinetur a venditore. Fr. 20 §. 2 bis fr. 22 pr. locati (19. 2): cum emtor fundum conducit donec pretium exsolvat.

4) Fr. 55 de o. et a. (44. 7): In omnibus rebus quae dominium transferunt, concurrat oportet affectus ex utraque parte contrahentium. Nam sive ea venditio sive donatio sive conductio sive quaelibet alia causa contrahendi sit, nisi animus utriusque consentit, perduci ad effectum id, quod inchoatur, non potest.

5) Fr. 9 §. 5 de acq. rer. dom. (41. 1): Interdum etiam sine traditione nuda voluntas domini sufficit ad rem transferendam, veluti

41 Vorhandensein dieses animus muß constatirt sein, (sei es aus einer erfolgten ausdrücklichen Erklärung, sei es durch Interpretation aus den vorliegenden Umständen), wenn überhaupt von einem Uebergange des Eigenthums soll die Rede sein können. Es ist also jedenfalls eine unrichtige Schlußfolgerung, wenn Strempel aus einem Falle des Vorhandenseins einer causa und des Fehlens des animus tr. et acc. dom. (Verkauf durch einen Stellvertreter des dominus, und Tradition durch den Vertreter nachdem sie diesem vom Vertretenen untersagt worden war) den Beweis glaubt führen zu können, daß die iusta causa kein Requisit der Eigenthumsveräußerung sei[6]).

Unsere Frage liegt gar nicht so, wie sie jetzt mehrfach gefaßt wird, daß es sich nur um die facti interpretatio des meistentheils zunächst zweifelhaften Parteiwillens handele, und daß also, wo eine ausdrückliche Erklärung des animus t. e. a. d. vorliege, unsere Frage nach der causa von vorn herein ausgeschlossen sei[7]), — vielmehr umgekehrt muß die factische Interpretation erst erledigt sein, ehe unsere Frage beginnt. Es muß der beiderseitige Wille der Parteien auf Eigenthumsübergang

si rem quam commodavi aut locavi tibi, aut apud te deposui, vendidero tibi; licet enim ex ea causa tibi eam non tradiderim, eo tamen, quod patior eam ex causa emtionis apud te esse, tuam efficio. Also das (vom Käufer acceptirte) pati apud te esse (oder die nuda voluntas domini) wird hier von der causa emtionis genau geschieden; das (vertragsmäßige) pati ist nicht die causa emtionis, sondern es ist nur ein auf Grundlage der causa emtionis (ex causa emtionis) Bestehendes. Das (mit dem Willen des Käufers übereinstimmende) pati ist der von der causa vollständig scheidbare animus transferendi und accipiendi dominii.

6) Strempel (S. 40—43) stützt diese Ausführung auf fr. 14 de Publ. act. (6. 2) und fr. 1 §. 2 de exc. rei vend. et tr. (21. 3), Stellen deren Schwierigkeiten aber wohl noch nicht durch die Strempel'sche Erklärung gelöst sind. Ich kann diesen Punkt hier übergehen.

7) Savigny Obl.R. II. S. 257 f. Strempel S. 40.

vorhanden und natürlich auch (durch vorliegende ausdrückliche 41
Erklärungen der Parteien oder durch Interpretation der Umstände) constatirbar sein, — so daß also die Fälle bloßer Detentions- oder Besitzübertragung (Note 3) von vorn herein ausgeschlossen sind [8]), — dann erhebt sich erst die für uns wichtige Untersuchung, ob für die Eigenthumstraditionslehre außer diesem beiderseitigen Willen noch eine juristische Abhängigkeit dieses Willens von der causa bestehe, welche causa so oder so gestaltet ohne Zweifel bei den Parteien als Triebfeder ihres Willens vorhanden gewesen ist?

Danach leuchtet ein, daß die Betrachtung des pactum reservati dominii wiederum nicht hierher gehört. Dieses pactum enthält die Fälle, in denen unter Voraussetzungen, die an sich einen Eigenthumsübergang enthalten würden, dieser in Folge der besonderen voluntas der Parteien doch noch bis zu einem späteren Punkt ausgesetzt sein soll. Also das Pactum enthält für die Gegenwart den dem Eigenthumsübergange entgegengesetzten Parteiwillen, es enthält für den Augenblick keinen animus tr. et acc. dom., das Eigenthum kann also trotz etwaigen Vorhandenseins einer causa und trotz der Sachübergabe noch nicht übergegangen sein.

§. 42. (Essentielle und declarative causa.) — 42
Die Frage ist jetzt genau bestimmt. Wie ist die Antwort?

Ich halte keine von beiden Ansichten für richtig, die in neuerer Zeit als solche Antwort hingestellt worden sind.

Es ist weder richtig, daß jede Eigenthumstradition in juri-

8) Den Gegensatz stellt besonders deutlich hin fr. 9 §. 3 de iure dot. (23. 3): Et non puto; non quod non ei traduntur (quid enim interest, inferantur volente eo in domum eius, an ei tradantur) — [Fall der bloßen Sachübergabe] —, sed quia non puto hoc agi inter virum et uxorem ut dominium ad eum transferatur [Fall des Vorhandenseins von animus transferendi und accipiendi dominii].

42 stischem Zusammenhang mit ihrer speciellen causa stehe, noch richtig (was die jetzt herrschende Auffassung ist), daß die causa allgemein von der Eigenthumstradition getrennt sei, indem es für letztere als einen Formalact lediglich auf Constatirung des beiderseitigen Willens des Eigenthumsüberganges ankomme. Die richtige Erklärung ist vielmehr die, daß *alle causae außer dem Verkauf* von der Eigenthumstradition insoweit getrennt sind, als sie nur Bedeutung haben zur Constatirung des *thatsächlichen Vorhandenseins sowie der factischen Möglichkeit*[1]) des transferendi und accipiendi dominii; daß dagegen die Verkaufscausa mit der Eigenthumstradition völlig juristisch verbunden ist, also im Falle des Kaufes die bloße Constatirung des animus transferendi und accipiendi dominii nicht genügt, vielmehr das Erfülltsein der weiteren für den Verkauf bestehenden Rechtsvorschriften erfordert wird. Ich will kurz im Folgenden den Verkauf die *essentielle*, alle übrigen aber die *declarativen* causae der Eigenthumstradition nennen.

Wie steht es um den Quellenbeweis jener beiden hier verworfenen Ansichten?

Zunächst diejenige Stelle, worin so recht eigentlich die ganze Lehre genau vorgetragen wird, steht jenen beiden Ansichten direct entgegen, und sie bestätigt wörtlich das hier Aufgestellte. Es ist die Stelle, deren eines Stück in dieser Schrift bereits der eingehendsten Prüfung unterlegen hat.

§. 40. 41 J. de rer. div. (2. 1)[2]): Per traditionem quoque iure naturali res nobis acquiruntur. Nihil enim tam conveniens est naturali aequitati, quam voluntatem domini, *volentis* rem suam in alium transferre, ratam

1) Was insbesondere dieser Ausdruck bedeutet, kann erst unten §. 50 erläutert werden.

2) Weitläuftig paraphrasirt bei Theophilus.

haberi [3]); et ideo cuiuscunque generis sit corporalis res 42
tradi potest, et a domino tradita alienatur .... Sed si quidem ex causa donationis aut dotis aut qualibet alia ex causa tradantur, sine dubio transferuntur. Venditae vero res et traditae non aliter emtori acquiruntur, quam si is venditori pretium solverit vel alio modo satisfecerit, cet. (s. oben §. 10).

Also hier wird ausdrücklich gesagt, daß bei der Tradition einestheils ein Princip der naturalen Aequität in Betracht kommt. Es ist ein Hauptmoment der naturalen Aequität, daß das „voluntare Element" in gehöriger Weise im Rechtsgebiete zur Verwendung gebracht werde. Bei der Tradition gestaltet sich dies dahin, daß lediglich die voluntas domini (es wird auch hier vorausgesetzt: die vom Empfänger acceptirte voluntas domini) die Kraft hat, die Alienation zu bewirken. So stellt es sich bei Schenkung, dos und quaelibet alia causa; bei ihnen wird die a domino (d. h. in der eben angegebenen Weise mit der voluntas des Eigenthumsüberganges) tradirte Sache alienirt, es ist für die Alienation nichts weiter nöthig (sine dubio transferuntur) als die unter animus transferendi und accipiendi dominii vorgenommene Sachübergabe. Die causae: dos, Schenkung u. s. w. sind declarative causae.

Hiermit ist, wie man ja auch bereits überwiegend anerkennt,

3) Bis hieher ist übereinstimmend fr. 9 §. 3 de acq. rer. dom. (41, 1); nur daß die Anfangsworte hier bei Gaius lauten: hae quoque res, quae traditione nostrae fiunt, iure gentium nobis acquiruntur. Diese Verschiedenheit erklärt sich aus dem oben §. 20 a. E. Bemerkten, daß die klassischen Juristen es lieben, genau nur das auf naturalis ratio (nicht das auf naturalis aequitas) Ruhende für ius naturale zu erklären, während Justinian hier einem allgemeineren Sprachgebrauch folgt. Wenn Warnkönig (§. 41 Note 2) dieses ius naturale der Institutionen als „Natur der Sache" auffaßt, so ist durch diesen unklaren Ausdruck „die Sache" nur verdunkelt.

42 die Ansicht durchaus unvereinbar[4]), daß zur Eigenthumstradition immer noch außer dem animus t. e. a. d. eine besondere iusta causa erforderlich sei. Aber die Stelle ist der entgegengesetzten Ansicht ebenso feindlich, daß es nie auf die causa ankomme, daß alle causae, auch der Verkauf, lediglich declarativ seien. Sie stellt offenbar den Verkauf in Gegensatz zu donatio, dos und alia quaelibet causa, sie sagt vom Verkauf, daß hier noch ein Mehres in Betracht komme (non aliter transferuntur); also hier genügt nicht wie dort der bloße animus t. e. a. d., welcher letztere, als ein vorher für die ganze Traditionslehre Aufgestelltes, natürlich auch beim Verkauf noch immer selbständiges Erforderniß (§. 41 Note 3—5) bleibt. Wir wissen schon aus den früheren Erörterungen, was beim Kauf zum animus t. e. a. d. hinzukommen muß. Der Kauf, als seiner „Natur" nach ein Erwerb ex re, fordert für die reelle Sachleistung, damit letztere als Alienation aufgefaßt werden könne, von der anderen Seite das reelle Erfolgtsein der Preisleistung. Dies ist nicht bloß eine willkürliche Satzung der 12 Tafeln, es ist ein Princip der naturalis ratio, zu dem dann aber die 12 Tafeln allerdings den (in Folge naturaler Aequität) lediglich auf das voluntare Element gebauten Satz hinzugefügt haben, daß im Allgemeinen auch eine Preiscreditirung zum Eigenthumsübergange genügen soll.

43 §. 43. (Kaufpreis-Zahlung oder -Creditirung die conditio iuris des Eigenthumsüberganges.) — Dem allgemeinen Aequitätsprincip der anzuerkennenden voluntas ist also die Verkaufslehre entschieden gegenüber gestellt. Wie sucht man dies hinwegzuinterpretiren? Hören wir einige Hauptvertreter.

Böcking (P. §. 153), der zunächst jenes natürliche Aequi-

4) Ich glaube deßhalb auf eine detaillirtere Widerlegung dieser älteren Ansicht §. 3 Note 3 hier nicht eingehen zu brauchen.

tätsprincip als Erforderniß der Eigenthumstradition bestimmt aus- 43
spricht[1]), erklärt dann (§. 1) den Fall des Kaufs so: „Daraus, daß das Geschäft auf dare gerichtete Absicht zu erkennen geben müsse, erklärt sich, da dieses beim Kauf nicht der Fall ist, welcher den Verkäufer nur zum tradere als facere nicht als dare der Rechtsbestimmung gemäß verpflichtet, daß, damit die Tradition des Verkäufers die Bedeutung eines dare habe, Zahlung oder Creditirung des Kaufpreises hinzugekommen sein muß, wodurch erst das Geschäft auch von Seiten des Verkäufers zur datio wird, wie der Tausch eine gegenseitige ist."

Also Böcking erklärt den Kauffall gerade aus dem Grundprincip der natürlichen Aequität, der auf dare gerichteten Absicht. Er führt auch den Kauffall auf das voluntare Element zurück, der Kauffall bildet nach ihm keinen Gegensatz, sondern gerade eine consequente Anwendung jenes Princips. Beim Kauf ist anzunehmen, daß der Verkäufer (der de iure lediglich zum tradere als facere verpflichtet ist) sein Eigenthum nur im Fall der Preis-Zahlung oder -Creditirung alieniren wolle[2]), mithin ist auch der Kauf aus dem Grundsatz zu erklären, daß das Geschäft die auf dare gerichtete Absicht zu erkennen geben müsse. Bei dieser Fassung kommen wir aber in folgendes unerbittliche Dilemma. Entweder: es kommt wirklich lediglich auf die Parteiabsicht an; dann liegt in dem Rechtssatz der Kauflehre, das Eigenthum gehe

1) a. a. O. §. g: „es ist die rechtlich als wirksam anerkannte, auf eigentliches dare gerichtete, wirkliche Absicht des Gebers und die entsprechende des Nehmers, die ein Geschäft zur iusta traditionis causa macht".

2) Also auch Böcking, der im Uebrigen der richtigen Auffassung am Nächsten steht (s. meine Civ. Studien III S. 183 Note 3), führt doch den Kauf nicht direct auf das natural-öconomische Element, das reelle Tauschprincip des nach der Geldwirthschaft geregelten Güterumsatzes, zurück, sondern er glaubt unrichtig dies erst noch wieder durch das voluntare Element der Contrahenten vermitteln und also eigentlich auf Letzteres stützen zu müssen. Vgl. oben §. 12 a. E.

43 erst mit der Preis-Zahlung oder -Creditirung über, nur eine Regel über den präsumtiven Parteiwillen, und es ist die nothwendige Consequenz, daß wenn die Parteien entschieden den Eigenthumsübergang wollen (z. B. dies ausdrücklich erklären), das Eigenthum an der Sache beim Kauf auch ohne Preis-Zahlung oder -Creditirung übergeht. Oder: es kommt beim Kauf nicht auf den wirklichen Willen, sondern auf den Rechtssatz an [3]); also, falls der Preis nicht gezahlt oder creditirt ist, so geht, auch wenn die Parteien den animus t. e. a. d. hegen und ausdrücklich erklären, kein Eigenthum über. Dann aber ist der Rechtssatz über den Eigenthumsübergang beim Kauf nicht Consequenz des das voluntare Element anerkennenden Aequitätsprincips, er ist vielmehr noch unerklärt.

Etwas anders als Böcking steht Puchta. Während jener den Rechtssatz über den Eigenthumsübergang beim Kauf nicht rein als eine Regel über den präsumtiven Parteiwillen anzusehen scheint, wird dies von Puchta viel bestimmter bejaht. Ganz deutlich freilich auch von Puchta nicht. Die Worte P. §. 148: „ja in einem Fall tritt eine Suspension schon nach Rechtsvorschrift ein", lassen sich so verstehen, daß von der Regel — der beiderseitige Wille bewirke den Eigenthumsübergang — ein für allemal durch Rechtsvorschrift beim Kauf eine Ausnahme gemacht sei, indem hier selbst gegen den ausdrücklich erklärten Willen der Parteien der Eigenthumsübertragung bis zur Zahlung oder Creditirung suspendirt erscheine. Aber Puchta's dataillirtere Erläuterung in seinen Vorlesungen §. 148 ergiebt doch ein anderes Resultat: „In einem Fall tritt eine Suspension ipso iure ein. Eine Tradition in Folge eines Kaufs bewirkt nicht das Eigenthum, bis dem Verkäufer wegen des Kaufpreises genug gethan ist, entweder durch Zahlung oder Novation oder indem er überhaupt Cre-

3) Und so scheint doch in der That Böckings Ansicht zu sein, wie sich aus dem Fortgang seiner Worte (§. 1 Z. 7 u. ff.) schließen läßt.

dit, also Frist[4]), giebt. Der Grund ist folgender: Man kann 43
der Tradition *die Absicht unterlegen*, das Eigenthum oder nur den Besitz zu übertragen. *Das erstere ist nur anzunehmen*, wenn der Preis bezahlt oder die Gegenleistung hinausgeschoben ist. Ist Frist gegeben, so ist die stillschweigende Bedingung in einen dies verwandelt, der die Wirkung nicht suspendirt." — Puchta behandelt hier offenbar den Rechtssatz vom Eigenthumsübergange beim Kauf als eine *Interpretationsregel rücksichtlich der präsumtiven Parteiabsicht*. Es ist, wofern keine deutlichen Erklärungen vorliegen, „anzunehmen", daß der Verkäufer ohne Zahlung oder Creditirung sein Eigenthum nicht habe übertragen wollen. Darin liegt aber nothwendig umgekehrt die Consequenz, daß, wenn die Parteien bestimmt auch ohne Zahlung oder Creditirung den Eigenthumsübergang wollen (also etwa ausdrücklich erklären), alsdann derselbe in der That stattfindet.

Während allerdings Puchta diese Consequenz nicht selbst zieht, so wird sie direct anerkannt von Savigny und Strempel. Savigny sagt, unter besonderer Hervorhebung des Verkaufs (S. 257), daß es „lediglich" auf den beiderseitigen Willen ankomme; daß die Quellen, auch gerade jene Institutionenstelle (von der übrigens nur der §. 40 citirt wird), von einer „daneben" in Betracht zu ziehenden iusta causa „kein Wort sagten"[5]); daß im Fall die Parteien den Willen ausdrücklich erklärten, „es keiner weiteren Prüfung bedürfe, der Uebergang des Eigenthums dadurch allein völlig und sicher entschieden sei". Nach Savigny ist beim Kauf, wenn solche ausdrückliche Erklärung vorliegt, das

4) Darüber, daß das Creditgeben keineswegs mit der Verabredung einer Zahlungsfrist zusammenfällt, Thöl Handelsrecht I 4. Aufl. §. 69 S. 424. 425.

5) Der §. 41 J. cit. sagt aber: *venditae* vero res et traditae non *aliter* emtori acquiruntur, quam si etc.

43 Eigenthum übergegangen, auch wenn der Kaufpreis nicht gezahlt oder creditirt ist. Und dieser Satz wird denn auch speciell in Betreff des Kaufes von Strempel in eingehender Weise zu begründen versucht, aber gerade darin tritt die vollkommene Quellenwidrigkeit der ganzen Ansicht schlagend hervor.

Nothwendig muß man nämlich, will man diese Ansicht vertheidigen, den im §. 41 J. citirten Rechtssatz der 12 Tafeln so behandeln, als wenn er (wie ich es vorher schon bei der Puchta'schen Darstellung bezeichnete) lediglich eine Interpretationsregel für den präsumtiven Parteiwillen wäre. Man muß es läugnen, daß Zahlung oder Creditirung conditio iuris für den Eigenthumsübergang sei, muß also auch läugnen, daß, bei ausdrücklich erklärtem Parteiwillen des Eigenthumsüberganges, dieser Eigenthumsübergang dennoch durch jene juristische conditio der Zahlung oder Creditirung noch suspendirt sei. Ganz so stellt es denn auch Strempel [6]) dar, aber damit ist er zugleich durch die eigenen Worte der Quellen widerlegt. Ich kann hier, da die betreffenden Interpretationen oben schon (§. 15—17) gegeben sind, kurz sein.

Die Eigenthumstradition steht, wie wir aus fr. 12 §. 5 und 25 §. 1 de usufr., fr. 43 §. 10 de Aed. ed. und fr. 43 §. 2 de acq. rer. dom. wissen, in Betreff der Frage des Eigenthumsüberganges beim Kauf nach Zahlung oder Creditirung des Preises, ganz ebenso wie die Mancipation. Die Mancipation ist ja die ausdrücklichste Erklärung des animus transfer.

6) S. 55. 56. 85. 86. 89. 105. — Strempel beruft sich für den Satz, daß hier eine bloße Interpretationsregel vorliege, die „auch ohne die gesetzliche Bestimmung der 12 Tafeln von selbst folge", „die gesetzlicher Feststellung nicht bedurft hätte" (vgl. auch Huschke Nex. S. 205 Note) — noch insbesondere darauf, daß ja die Institutionenstelle selbst ausspreche iure gentium id est iure naturali id effici. Also Strempel meint, ius naturale und naturalis ratio sei das „sich von selbst Verstehende"; er verkennt damit freilich ganz das Wesen der naturalis ratio.

und acc. dom., und dennoch hängt das Herüberfließen des 43
Sacheigenthums von jenen den Preis betreffenden Rechtsacten ab. Offenbar also liegen auch bei der Eigenthumstradition die Voraussetzungen ganz ebenso; wir haben den bestimmten Parteiwillen, daß Eigenthum übergehen solle, bei ihr vorauszusetzen, wir können mithin auch annehmen, daß dieser Parteiwille ausdrücklich erklärt worden sei. Es beweist sich dies vollständig dadurch, daß die Stellen (im wörtlichen Widerspruch mit der Strempel'schen Behauptung) die Preiszahlung, mag ihr gar keine oder eine für den Eigenthumsübergang unwirksame Creditirung vorausgegangen sein, die **conditio iuris des Eigenthumsüberganges** nennen[7]); daß sie, wenn diese conditio eingetreten ist, das Transferirtsein des Eigenthums auf den Uebertragungsact (die Mancipation oder Tradition) retrotrahiren. Also die Tradition muß nothwendig **alle** Requisite des Eigenthumsübergangs **außer** eben jenem bedingenden Momente, gehabt haben. Da aber Niemand bezweifeln kann, daß die Tradition, wenn sie Eigenthum übertragen soll, mit animus tr. e. a. d. vorgenommen sein muß, so ist durch jene Retrotraction[8]) dargethan, daß wir in jenen Stellen eine mit solchem animus (der also auch ausdrücklich erklärt sein kann) vorgenommene Tradition vor uns haben.

§. 44. (**Heutige Bedeutung der Preiscrediti-** 44
rung). — Wer die bisherige Erörterung zuzugeben geneigt

7) Strempel a. a. O. (S. 105): „von der Zahlung oder Creditirung des Preises ist der Eigenthumsübergang nicht, **gleichwie von einer Bedingung** abhängig gemacht“. Vgl. dagegen fr. 48 §. 10 de Aedil. ed. (§. 16) interdum, etiamsi pura sit venditio, propter **iuris conditionem** in suspenso est.

8) Neuerdings ist die Ansicht aufgestellt worden (Czylarz, Zeitschr. f. C. u. Pr. N. F. XX. S. 292), daß conditiones iuris nicht retrotrahirt werden könnten, eine Ansicht die auch schon bei Fitting, Rückziehung S. 42. 57, anklingt. Ist dies mit jenen Stellen vereinbar?

44 ist, wird aber leicht noch auf folgenden Ausweg denken, um dennoch an der entgegengesetzten Ansicht festzuhalten. Kann man nicht folgendermaßen argumentiren? „Für die Zeit, als bei den Römern noch eine wirkliche satisfactio zur Creditirung erfordert wurde, kann man gern einräumen, daß diese und der animus tr. e. a. d. auseinanderfallen. Seit aber, wie es der §. 41 J. de rer. div. ausdrückt, der Satz sich festgestellt hatte, daß si is, qui vendidit, fidem emtoris secutus est, dicendum est, statim rem emtoris fieri, — seitdem ist jede Sachübergabe mit animus tr. et. acc. dominii als Creditirung des Kaufpreises, als fidem emtoris sequi, aufzufassen. Also die Sache kommt dann doch auf Eins heraus. Durch die spätere erweiternde Interpretation der 12 Tafel-Bestimmung ist jeder formlose beiderseitige Wille auf sofortigen Eigenthumsübergang, ohne daß gezahlt worden wäre, als Preiscreditirung zu behandeln; und so darf man wenigstens auf Grundlage dieser späteren Rechtsentwicklung sagen, daß jetzt auch der Kauf unter dem Princip steht, die mit animus t. e. a. d. verbundene Sachübergabe bewirke den Eigenthumsübergang."

Ich werde hiedurch auf die Frage von der Gestalt der Preiscreditirung im neueren Recht geführt.

Es ist oben (§. 23) erörtert worden, daß eine formlose Kaufpreiscreditirung mit Wirkung auf den Eigenthumsübergang vielleicht noch nicht bei den Römern zur (wenigstens allgemeinen) Anerkennung gelangt ist. Mag dem sein wie ihm wolle, so wird dies Resultat doch jedenfalls nach unserem deutschen Gewohnheitsrecht für das heutige Recht zu bejahen sein. Immer aber ist festzuhalten, daß an sich der Satz sich nicht geändert hat, es gehe das Eigenthum aus Kauf erst nach Preis-Zahlung oder -Creditirung über[1]. Zur Preiscreditirung ist jetzt

1) Heise und Cropp Jur. Abh. I, No. 21 S. 425.

nuda conventio genügend, aber Preiscreditirung ist immer noch, wo keine Zahlung erfolgte, nöthig. Es muß mithin ein vertragsmäßiges (wenn auch ganz formlos und nur stillschweigend erfolgtes) Wollen der Parteien sich ermitteln lassen, daß der Preis dem Käufer noch fernerhin anvertraut sein sollte, mag dabei noch Realsicherheit gegeben werden, oder mag vom Verkäufer lediglich der Person des Käufers fides habita sein. 44

Mit Recht ist daher schon von Cropp die frühere Ansicht getadelt worden, daß ein Creditiren stets anzunehmen sei, wenn der Verkäufer ohne Geldempfang die Waare aus den Händen gebe[2]). Aber auch die neuerdings hergebrachte Auffassung ist nicht zu billigen. Es wird allerdings gefordert, daß nicht bloß die Sache aus Händen gegeben, sondern auch der Wille der Parteien speciell auf die Eigenthumsübergangsfrage gerichtet sei; aber diese letztere wird lediglich als eine in der voluntas der Parteien alternativ neben der Preiscreditirung liegende behandelt. Man faßt es so, daß (bei nicht erfolgter Preiszahlung) der Verkäufer entweder das Eigenthum der Waare noch nicht habe weggeben wollen, oder (sei es durch Pfand- und Bürgenannahme, sei es durch fidem emtoris sequi) den Preis creditirt habe[3]). Danach sei es rein facti quaestio, welches von beiden intendirt war. Bei ausdrücklich erklärtem Willen des Eigenthumsübergangs sei natürlich letzterer von Nichts mehr abhängig[4]), indem dies dann auch stets als Kaufpreiscreditirung

2) Cropp a. a. O. S. 426 Note 4. Thöl Handelsr. §. 69 Note 7.

3) Thöl a. a. O. S. 422. 423. Puchta Cession (im Rechtslex.), Kl. Civ. Schr. I. S. 462: „das was die Tradition zur Eigenthumsübertragung macht, ist der Wille des Tradenten Eigenthum zu übertragen. Diese Absicht soll nicht vermuthet werden, wenn der Verkäufer nicht wegen des Preises befriedigt worden ist, es muß also in diesem Falle nachgewiesen werden, daß er dessenungeachtet die Absicht der sofortigen Eigenthumsübertragung gehabt, das heißt eben, daß er den Preis creditirt hat."

4) Savigny Obl.R. II S. 258.

44 (fidem sequi) aufzufassen sei. Umgekehrt bei nicht ausdrücklich erklärtem Eigenthumsübertragungswillen (was gewöhnlich der Fall sein werde) sei aus der factischen Sachlage heraus zu interpretiren, ob ein fidem sequi stattgefunden habe, und dies letztere wird so erklärt, daß es stets anzunehmen sei, „wenn der Verkäufer unbekümmert um sein Eigenthum, dessen Reservation er nicht wollte, die Tradition vornahm“ [5]). Also: Eigenthumsübertragungswille ist Preiscreditirung, und alle Momente, die zeigen, daß der Verkäufer das Waareneigenthum nicht mehr festhalten wollte (ausdrückliche oder stillschweigende Erklärung), sind als fidem sequi zu interpretiren. —

Hiedurch wird in Betreff der Creditirung das Object vollständig vertauscht. Die Creditirung ist dann nicht mehr ein Geschäft, dessen Gegenstand der Kaufpreis ist, sondern ihr Object ist in erster Linie die Kaufwaare geworden. Zum Entscheidenden wird aller auf die Waare gerichtete Eigenthumsübertragungswille gemacht, und dieser wird selbstverständlich zugleich als Preiscreditirung behandelt. So ändert sich denn auch die Ausdrucksweise. Schon bei den Römern soll das fidem sequi in Betreff des Preises, als Aufgeben des Waareneigenthums in creditum ire genannt worden sein [6]). Reservirung des Waareneigenthums wird „Nichtcreditirung“ genannt [7]), und umge-

5) Strempel a. a. O. S. 86. — Thöl a. a. O: „es kommt darauf an, wollte er die Sicherheit durch Eigenthum schwinden lassen? Dies meint man, wenn man fragt, ob er credirt habe.“

6) Thöl beruft sich dafür (S. 422 Note 6) auf fr. 31 locati 19. 2. Aber in dieser Stelle ist nicht von der Eigenthumsübertragung jeder beliebigen Kaufwaare die Rede, sondern von der Anvertrauung fungibler Sachen in der Weise, daß daraus ein darlehnartiges Verhältniß wird (fr. 2 §. 1 de reb. cred. 12. 1. quoniam earum datione possumus in creditum ire). — Eher könnte man sich auf fr. 5 §. 18 de trib. act. 14. 5 berufen, Heimbach Creditum S. 423. Von dieser Stelle wird noch weiter die Rede sein (§. 52).

7) Strempel S. 90.

kehrt Weggabe des Waareneigenthums heißt „Creditirung" oder 44
„fides habita"[8]).

Es ist dies aber, wie die oben erläuterten Stellen zeigen, völlig quellenwidrig. Eigenthumsübertragung und Preiscreditirung stehen nicht so neben einander, daß der Verkäufer in dem Einen immer das Andere wollte; sondern sie stehen hinter einander, so daß die Preiscreditirung (resp. Zahlung) die Vorbedingung (conditio iuris) der Eigenthumsübertragung ist. Es kommt nicht lediglich auf den Willen der Parteien rücksichtlich des Waareneigenthums an, es liegt mithin nicht lediglich eine Frage des voluntaren Elements vor, sondern es ist, ehe der Eigenthumsübertragungswille Wirkung haben kann, zunächst eine rechtliche Voraussetzung zu erfüllen, die in der Vornahme eines anderweitigen direct auf den Preis gerichteten Actes (Zahlung oder Creditirung) besteht[9]). Eigenthumsübertragungswille und Preiszahlungs- resp. Creditirungswille sind zwei völlig scheidbare und zu scheidende Vertragsacte, auch wenn beide jetzt als formlose Geschäfte auftreten. Die formlose traditio steht innerlich noch ganz so wie die mancipatio. Bei letzterer ist der Eigenthumsübertragungswille ganz zweifellos constatirt und doch hängt der Eigenthumsübergang der res vendita von Preis-Zahlung oder -Creditirung ab. Bei der traditio, weil sie formlos ist, muß man freilich zugeben, daß sehr häufig der

8) Strempel S. 59. 87. Vgl. auch Cropp a. a. O. S. 425 Note 1: „die Ansicht, daß die tradirte auch nicht creditirte Waare sofort in das Eigenthum des Käufers übergehe" u. s. w. Heimbach Creditum S. 423: „Creditirung der Waare".

9) fr. 41 J. de rer. div.: venditae vero res et traditae non aliter emtori acquiruntur, quam si is venditori pretium solverit, cet. fr. 5 §. 18 de trib. act.: res venditae non alias desinunt esse meae, quamvis vendidero, nisi aere soluto, vel fideiussore dato vel alias satisfacto. fr. 19 de contr. emt: quod vendidi, non aliter fit accipientis, quam si aut pretium nobis solutum sit cet.

44 Wille der Parteien über Eigenthumsübergang und der über (im Fall der Nichtzahlung) Preiscreditirung gleichzeitig und auch ohne alle besondere Erklärung vorhanden sind, also äußerlich ununterscheidbar zusammenfallen; aber dies ändert nichts daran, daß sie innerlich verschiedene Rechtsacte sind, und, weil sie verschieden sind, auch äußerlich in der bestimmtesten Weise auseinandertreten können. Fallen sie aber auseinander, so kommt denn auch ohne Zweifel jene Römische Rechtsregel zur practischen Verwendung.

Nehmen wir ein Beispiel. Es verkauft Jemand seine Sache, und die Parteien bestimmen ausdrücklich, daß der Preis nicht creditirt werden, vielmehr zur (genauer verabredeten) Sachtraditionszeit die Preiszahlung stattfinden soll. Nehmen wir nun an, daß bei dem Acte der Sachtradition die Parteien den animus transferendi und accipiendi dominii nicht bloß haben, sondern sogar ausdrücklich erklären, und daß bei dem gleichzeitig vorgenommenen Acte der Zahlung der Käufer nicht richtiges, sondern falsches Geld (Rechenpfennige, bleierne Thaler, falsche Banknoten) übergiebt. Hier müßte nach Savigny und allen anderen Gegnern bei dem vorhandenen und ausdrücklich erklärten Eigenthumsübertragungswillen der Käufer dominus der Kaufsache geworden sein[10]). Nun aber war die Preiscreditirung durch die Parteien bestimmt ausgeschlossen, die solutio ist in sich nichtig und eine Liberirung der Verpflichtung des Käufers hat nicht stattgefunden[11]). Also sicherlich muß nach den Stellen in Note 9 der Fall so entschieden werden, daß beim Mangel einer

10) Strempel S. 89.

11) Fr. 24 §. 1 de pign. act. 13. 7: Qui reprobos nummos solvit creditori, an habeat pignoratitiam actionem, quasi soluta pecunia quaeritur. Et constat neque pignoratitia eum agere neque liberari posse, quia reproba pecunia non liberat solventem, reprobis videlicet nummis reddendis.

Preis-Zahlung oder -Creditirung trotz des vorhandenen animus 44
tr. e. a. d. das Eigenthum der Kaufsache gar nicht übergegangen ist [12]).

12) Strempel a. a. O. dreht den Satz der Quellen geradezu um. Während diese sagen, das Eigenthum gehe non aliter über, als wenn der Preis gezahlt oder creditirt ist, kommt Strempel umgekehrt zu dem Resultat, daß es in der That Fälle gebe, in denen beim Verkauf das Eigenthum auch ohne Preis-Zahlung oder -Creditirung übergehe.

Zweites Capitel.

Die in der Eigenthumstradition liegenden Principien.

45 §. 45. (Sachveräußerung gegen Geld oder ohne Entgelt.) — Es ist nunmehr bewiesen, daß die Tradition der Kaufsache völlig anders liegt, als die Traditionen aus den Nicht-Verkaufs-causae. Für jene ist die causa venditionis eine essentielle, indem für den Eigenthumsübergang der Kaufsache die Preis-Zahlung oder -Creditirung die conditio iuris bildet. Abgesehen aber von der Kaufsachentradition hat die causa nur declarative Bedeutung, es ist lediglich nöthig, die vom Empfänger genehmigte voluntas domini volentis rem suam in alium transferre (s. die Stelle §. 42 bei Note 3); die causa hat hier nur die Bedeutung eines Interpretationsmittels für die Ermittlung jener voluntas. Es ist aber freilich auch hier immer noch in soweit die jetzt herrschende Meinung als unrichtig zu bezeichnen, als sie lediglich das thatsächliche Gefaßtsein, nicht aber auch das thatsächliche Möglichsein der voluntas als das in dieser Interpretationsfrage zu Ermittelnde hinstellt. Verweilen wir aber zunächst noch etwas bei dem Gegensatz der essentiellen causa und der declarativen causae.

Die verschiedene Stellung der Kaufsache im Gegensatz zu allen anderen Eigenthumstraditionen erklärt sich einfach, wenn man die natural-öconomische Bedeutung des Kaufs im mensch-

lichen Güterverkehr gegenüber den sonstigen Sachveräußerungen 45
richtig erfaßt hat. Der Kauf ist, wie ich es oben erörterte, in denjenigen Partieen der Menschheit, in denen sich Geldwirthschaft festgestellt hat, das eigentliche Medium des Güterumsatzes sowohl innerhalb der einzelnen Völker wie auch im internationalen Verkehr. Das Anwendungsgebiet aller übrigen Veräußerungscausae zusammengenommen ist dagegen numerisch, man mögte sagen, verschwindend klein. Es giebt also ein ganz unrichtiges Bild, wenn man lediglich die einzelnen juristisch selbständigen causae neben einander stellt, und unter der großen Zahl, die man hier sammeln kann, den Kauf als nur Einen Platz einnehmend wie eine singuläre Ausnahme der Regel gegenüber behandelt. Nicht ist *allgemeines Princip* der Eigenthumstradition, daß lediglich animus transfer. et accip. dominii gefordert werde, wovon der Kauf nur eine gesetzliche „*Besonderheit*" bilde[1]), sondern wir haben hier zwei Gebiete — Kauf einerseits, und alle übrigen Sachveräußerungen andererseits —, Gebiete, von denen das erstere das factisch sogar überwiegende ist, die wir aber jedenfalls als juristisch coordinirt neben einander stellen müssen, weil beide von natürlichen Principien und zwar von völlig *verschiedenen Principien* beherrscht werden. Beim Kauf haben wir ein Princip der naturalis ratio, Eigenthumsübergang nur gegen Zahlung, woran nach naturalis aequitas die Preiscreditirung erweiternd angeknüpft worden ist, — bei den anderen causae haben wir das ganz andere Princip der naturalis aequitas welche lediglich den Willen der Parteien sich genügen läßt.

Bei diesem zwiefachen principiell verschiedenen Boden, den

1) S. z. B. Thibaut Pand. 8. Aufl. §. 738. Sintenis Civ.R. I §. 49 Note 11. — Nach H. Witte in Schletters Jahrbüchern X. S. 12 soll beim Kauf „*ausnahmsweise* kraft besonderen Rechtssatzes der Wille, Eigenthum zu übertragen resp. zu empfangen, nicht ausreichen".

45 die Eigenthumstradition einnimmt, ist es denn auch unrichtig, sie allgemein (s. oben §. 3) entweder für einen Formalact oder Materialact zu erklären. Was ich im §. 3 von der Mancipation bemerkte, gilt auch von der Eigenthumstradition. Sie ist selbst in Betreff der Nichtverkaufs-Fälle in soweit von der Frage über die causa abhängig, daß erst feststehen muß, es liege kein Verkauf vor, um lediglich auf Grundlage des animus t. e. a. d. mit Sicherheit den Eigenthumsübergang annehmen zu können.

Es ist ferner nicht richtig die Annahme (§. 6 bei Note 1), daß die Römische Eigenthumstradition aus „practischer Zweckmäßigkeit" und „logischem Scharfsinn" lediglich nach einer gewissen Idee „freier Veräußerlichkeit" der Sachen construirt worden wäre. Der Gedanke, die Tradition sei (etwa nach Gesichtspunkten, unter denen unsere Inhaberpapiere stehen) so einzurichten, daß die Weiterungen des Eingehens auf die causa abgeschnitten würden, es müsse mithin zur „Erleichterung des Verkehrs" das Resultat des Eigenthumsüberganges an möglichst wenige Voraussetzungen geknüpft werden, ist den Römern durchaus fremd [2]). Der Centralpunkt bei der Eigenthumstradition ist ihnen der Verkauf, ganz adäquat der öconomischen Bedeutung dieses Geschäfts im Verkehrsleben. Beim Verkauf aber bringt es die „Natur" des Geschäfts mit sich, und entspricht es

2) So heben sie denn gerade die iusta causa als Voraussetzung der traditio hervor, weil doch eben auch bei den declarativen causae in soweit ein Eingehen auf die specielle causa nöthig ist, um zu constatiren, daß kein Kauf vorliege, und daß überhaupt unter den Parteien eine materielle Sachlage bestehe, kraft deren man den Willen des Eigenthumsübergangs factisch haben könne. Ulp. XIX. 7. Traditio propria est alienatio rerum nec mancipi. harum rerum dominium ipsa traditione adprehendimus, scilicet si ex iusta causa traditae sunt nobis. s. die genauere Erklärung unten §. 50. — Vgl. auch l. 24 C. de rei vind. 3. 32: Nullo iusto titulo praecedente possidentes ratio iuris quaerere dominium prohibet.

ganz dem Interesse des Verkäufers [wie es ja denn auch in un- 45
seren kaufmännischem Verkehr allgemeinen Eingang gefunden hat [3])], daß der Verkäufer sein Eigenthum erst mit der reellen Zahlung verliert. Nur aber soll dieser Satz der naturalis ratio nicht mit draconischer Strenge als Rechtssatz gelten. So führen denn schon die 12 Tafeln daneben in Betreff der Preiscreditirung den Parteiwillen ein. Sehr nahe liegt dann aber ferner, daß man sagt: willst du deine Sache ohne Verkauf veräußern, so steht dir auch das vollständig frei, und zwar kommt es alsdann, da du auf den allgemeinen Werthmesser (das Geld) hier keinen Anspruch machst, auf Preis-Zahlung und -Creditirung nicht weiter an, mithin entscheidet lediglich der Wille der Eigenthumsübertragung. Gerade in dem Nichtverkaufenwollen, dem Nichtwollen des Geldes, liegt, daß man nach naturalis aequitas nun auch lediglich das auf die Sache und deren Eigenthumsübergang gerichtete Wollen der Parteien ins Auge faßt.

Ganz in dieser Weise, mit Gegeneinanderstellung von Verkauf und allen sonstigen causae, wird von den Römern die Eigenthumstradition dargestellt [4]). Das treffendste Zeugniß, daß die Römer sich hier nicht von einer doctrinären Theorie, sondern lediglich von den natürlichen Gewalten des öconomischen Verkehrslebens haben leiten lassen, liegt noch namentlich in Folgendem. Sie haben, wohl zu bemerken, nur die venditio allen

3) Cropp a. a. O. S. 425 bei Note 1.

4) Gai. II. 20. Itaque si tibi vestem vel aurum vel argentum tradidero, sive ex venditionis causa, sive ex donationis sive quavis alia ex causa, tua fit ea res ... fr. 31 pr. de acq. rer. dom. 41. 1 (Paul.): Nunquam nuda traditio transfert dominium, sed ita, si venditio aut aliqua [s. über dies Wort Sav. Obl.R. II. S. 254 Note k] iusta causa praecesserit [es wird jetzt wohl allgemein anerkannt, daß aus diesem Wort nicht speciell auf ein Vorausgehen der causa zu schließen ist], propter quam traditio sequeretur.

45 übrigen causae entgegengesetzt. Geld ist der allgemeine Werthmesser der Dinge, das eigentliche Agens des Verkehrs. Weil in der Regel Alles gegen Geld umgesetzt wird, so kommt es fürs Ganze des Verkehrs auch nur darauf an zu fragen, ob der Einzelne seine Sache gegen Geld umsetzen will oder nicht. Will er Geld, so ist es wichtig, daß der Rechtssatz das Regulirtsein der Geldleistungsfrage als Voraussetzung des Eigenthumsüberganges festhalte. Will er nicht Geld, so kann auch alles Uebrige, außer eben dem animus tr. e. a. dom., für gleichgültig erklärt werden. Also die Römer stellen nicht etwa den Tausch [5]) dem Kauf gleich, und fordern daher keineswegs auch beim Tausch zum Eigenthumsübergang das Erfolgtsein der Gegenleistung oder eine Creditirung in Betreff derselben. Ferner steht ja auch nicht die ganze emtio venditio unter jenem Satze. An sich müßte, nach der „Natur" des Kaufs, der Eigenthumsübergang am pretium wiederum von der Sachleistung oder einer besondern an die Stelle tretenden Creditirung abhängen. Aber es sind oben (§. 14 Nr. 3. a.) bereits Gründe angegeben worden, weßhalb es ganz unpractisch gewesen wäre, dies zum Rechtssatz zu erheben. Practischen Werth hat die Frage nur für die venditio nicht für die emtio, und lediglich dieses Moment des practischen Werthes ist für die Römer das leitende Motiv gewesen; also der Käufer überträgt sein Eigenthum am Gelde ohne Rücksicht auf die Gegenleistung in Folge des bloßen animus transf. et acc. dominii.

46 §. 46. (Das in der Eigenthumstradition liegende natürliche Element.) — Wir sind nunmehr in den Stand gesetzt, die im §. 40. 41 angegebenen Ansichten zu beurtheilen, welche in Betreff der Eigenthumstradition gewisse „Naturnothwendigkeiten", Ergebnisse aus der „Natur der Sache",

5) Ein, wie ich schon oben hervorhob, im Gebiete der Geldwirthschaft ganz zurücktretendes Verhältniß.

civilistische „Unmöglichkeiten", „sich von selbst Verstehendes was 46
keiner Gesetzgebung bedarf" — entweder annehmen oder umgekehrt läugnen.

Wenn behauptet wird, Jedermann, Jurist oder Nichtjurist, werde sagen müssen, daß der Wille der Betheiligten bei der Veräußerung das Entscheidende sei, und die Gesetzgebung aller Völker diesen auf der „Natur der Sache" ruhenden Satz der freien Veräußerungsbefugniß anerkennen werde (§. 41 Note 2), so ist allerdings so viel richtig, daß im Allgemeinen bei der Eigenthumsveräußerung das Vorhandensein des animus tr. e. a. d. die reguläre Voraussetzung sein wird [1]). Aber damit ist noch gar nichts gewonnen für den eigentlich entscheidenden Punkt, ob das positive Recht eines Volks für einen gewissen Eigenthumsveräußerungsact lediglich diesen animus für genügend erklären werde (Formalact), oder ob es denselben mit der causa, die bei den Parteien vorhanden sein wird [2]), in juristischen Zusammenhang bringe (Materialact). Insbesondere ist mit jenem allgemeinen Satze nichts für die Traditionslehre gewonnen. Wir haben gefunden, daß allerdings die in iure cessio ein reiner Formalact war, daß aber weder die Mancipation noch die Tradition einfach unter den Gesichtspunkt entweder des Formalacts oder des Materialacts passen. Die Kauf-Mancipation und die Eigenthumstradition aus Verkauf sind Materialacte, sie sind mit der causa verwachsen, das Eigenthum geht trotz vorhandenem animus tr. e. a. d. erst über, wenn gemäß der causa die Preisleistung regulirt ist. Mancipationen aber aus Nichtkauf und Tra-

1) Dabei ist indeß immer möglich, daß dem Eigenthümer durch Rechtssatz die Pflicht zur Veräußerung in gewissen Fällen aufgelegt wird (necessariae alienationes).

2) Früher hat man auch den vermeintlichen allgemeinen juristischen Zusammenhang des animus tr. e. a. d. mit der causa (der „Forderung") für etwas „sich von selbst Verstehendes" gehalten (§. 3 Note 3).

46 ditionen außer der venditio sind Formalacte, es kommt auf die causa nicht an, und mit Recht hat man deßhalb auch schon bei den Römern für die Tradition in den bekannten Fällen der falsa causa (indebiti, causa data causa non secuta, sine causa u. s. w.; auch z. B. wenn der Eine schenken, der Andere als Darlehn empfangen will) beim Vorhandensein des bloßen animus t. e. a. d. sich für den Eigenthumsübergang ausgesprochen.

Bei dem in dieser Art zwischen Material- und Formalact gemischten Charakter der Eigenthumstradition, wie haben wir sie nach den in ihr enthaltenen natürlichen Elementen aufzufassen?

1. Stellen wir aus den im Bisherigen schon vielfach benutzten Stellen zunächst die Quellenaussprüche genau zusammen. Die Tradition wird, im Gegensatz zu den civilrechtlichen Solennitäten der in iure cessio und mancipatio, als der formlose Act bezeichnet[3]); sie wird, als das demgemäß freier Verwendbare, iuris gentium genannt[4]). Im Uebrigen aber wird geschieden. Die durch die Nichtverkaufs-causae veranlaßte Tradition führen die Römer nach §. 40 J. de rer. div. lediglich auf die den Parteiwillen berücksichtigende naturalis aequitas zurück. Die auf der venditionis causa ruhende Tradition stellen sie nach §. 41 J. eod. in Gegensatz dazu. Hier soll etwas Anderes gelten, und zwar soll sich dies Andere auf ius gentium id est ius naturale stützen. Schon diese Gegenüberstellung zeigt, daß die Tradition aus venditionis causa nicht lediglich aus jener

3) Boethius III c. 5. §. 28 (Orelli p. 322 v. 26) si .... nulla solennitate interposita tradatur. Ulp. XIX. 7. harum rerum dominium ipsa traditione (d. h. ohne weitere Mancipationssolennität) adprehendimus. Gai. II. 20 tua fit ea res (sine ulla iuris solennitate), nach Huschke's Restitution.

4) Fr. 9 §. 3 de acq. rer. dom. 41. 1.: hae quoque res, quae traditione nostrae fiunt, iure gentium nobis acquiruntur (Gai. res quot).

naturalis aequitas erklärt werden kann, und dem entsprechend 46
ist denn auch oben nachgewiesen worden, daß hier ein Princip wahrer naturalis ratio und nur nebenbei (in Betreff der Creditirung) wiederum die Verwendung der den Parteiwillen zulassenden naturalis aequitas in Betracht kommt. Aber auch in Betreff der Nichtverkaufs-causae ist doch immer noch ein weiteres Moment hervorzuheben. Daß dabei nur der Parteiwille als Grund des Eigenthumsüberganges dasteht, ist im vollsten Sinne des Worts richtig, und so ist also auch ganz richtig, daß hier ein reines Aequitätsprincip besteht. Wir werden aber sehen, daß dieser Parteiwille nothwendig auf gewissen factischen Voraussetzungen ruhen muß, um überhaupt als ein in sich widerspruchsloser (und also factisch wesenhafter) dazustehen (s. unten §. 50 ff.). Ich habe dies einstweilen so bezeichnet, daß die „factische Möglichkeit" des Parteiwillens vorliegen müsse. Dies Requisit wird man heutzutage gern als ein auf der „Natur der Sache" beruhendes bezeichnen. Es ist aber in Wahrheit, statt auf diesen unklaren Begriff, auf die naturalis ratio zurückzuführen, freilich eine andere Seite der naturalis ratio, als auf der jenes Princip beim Kauf ruht. Da indeß bisher weder von mir selbst noch anderswo in unserer juristischen Literatur eine genauere Zergliederung der in der naturalis ratio (dem Realen in den menschlichen Verhältnissen) noch wieder liegenden verschiedenen Elemente gegeben worden ist, so muß ich, — außer Stande, auf Anderes verweisen, oder hier auf diese Fragen eingehen zu können, — auf die Rechtfertigung dieser Bezeichnung einstweilen verzichten.

Jedenfalls wird das Gesagte genügen, um die Römische zusammenfassende Terminologie zu verstehen. Der Institutionenparagraph 40 de rer. div. faßt Beides, das Aequitätsprincip der Nichtverkaufscausae und das Realprincip des Kaufs, mit den einleitenden Worten zusammen: Per traditionem quoque

46 *iure naturali* res nobis acquiruntur[5]). Hier ist also ius naturale nach dem allgemeineren Sprachgebrauch (§. 20 Note 7) in dem, naturalis aequitas und ratio zusammenfassenden Sinne genommen, und ganz ebenso drückt sich Gaius in den Institutionen aus: II. 65: quaedam *naturali iure* alienari, qualia sunt ea quae traditione alienantur. Wenn dann Gaius beim Uebergang auf die Occupation in §. 66 sagt, daß diese ebenso wie die Tradition auf *naturalis ratio* ruhe[6]), so hat er bei solcher kurzen Parallele natürlich nicht die Absicht, der nach zwei Seiten hin auf naturalis ratio ruhenden Tradition ihr nach anderer Seite hin gerichtetes Aequitätselement abzuläugnen.

2. So ist die Quellenlehre. Wird nun aber diese nicht ganz mißverstanden, wenn man in sie hineinlegt, daß in der Eigenthumstraditionslehre das Erforderniß *der Sachübergabe* von den Römern (mit den Worten: iure gentium id est iure naturali) für eine „*Naturnothwendigkeit*, welche sich von selbst versteht und einer Erklärung nicht bedarf", oder aus „einer allgemein gültigen inneren Nothwendigkeit der Tradition" (§. 40 Note 7) erklärt worden wäre? Die reelle Sachleistung, und zwar die beiderseitige, liegt an sich in der Physis, dem Realprincipe des *Kaufs*; und da der Kauf in der Traditionslehre bei den Römern allerdings den Reigen führt, so haben sie auch für die übrigen Traditionsfälle das Erforderniß der Sachübergabe angenommen[7]), aber darin liegt nichts von Naturnoth-

5) In fr 9. §. 3 de acq. rer. dom. (Note 4) steht iure gentium statt iure naturali Die weitere Erörterung der Institutionenstelle von et ideo an (§. 40. 41) fehlt in der Digestenstelle; erst §. 42 J. und fr. 9 §. 4 de acq. rer. dom. treffen wieder zusammen.

6) Nec tamen ea tantum, quae traditione nostra fiunt, naturali nobis ratione acquiruntur, sed etiam quae occupando ideo nostra fecerimus, quia antea nullius essent.

7) L. 20 c. de pact. 2. 3. *Traditionibus* et usucapionibus dominia rerum, non nudis pactis transferuntur.

wendigkeit. Noch viel weniger aber darf man, wo Naturnoth- 46
wendigkeiten wirklich vorliegen, diese für etwas im Rechtsgebiete, also *juristisch*, sich „von selbst Verstehendes" erklären. Naturnothwendigkeiten sind etwas aus dem Organismus der Lebensverhältnisse mit allem darin liegenden *factischen* Material sich Ergebendes. Der Rechtswille steht dem an sich frei gegenüber, nur daß er sehr leicht dazu getrieben wird, sich den natürlich gegebenen Principien anzuschließen. So haben denn auch in unserer Frage die Römer die im Kauf liegende Naturnothwendigkeit im Hauptpunkte positiven Rechtens werden lassen, aber sie haben sich auch keineswegs gehindert erachtet, aus practischen Zweckmäßigkeitsrücksichten zum Theil von ihr abzugehen. Sie haben nach naturalis ratio beim Kauf die reelle Sachtradition und demgegenüber (abgesehen von der Abschwächung durch die Creditirung) die reelle Preiszahlung [8]) für den Eigenthumsübergang als nöthig gefordert, aber sie haben die naturalis ratio (und zwar ganz passend) verlassen, indem sie nicht auch den Eigenthumsübergang beim Kaufpreise und beim Tausch vom Erfolgtsein der Gegenleistung abhängen lassen. Factisch-nothwendige Naturprincipien sind also niemals schon von vorn herein für juristische Selbstverständlichkeiten zu erklären.

Daß bei der außer der venditionis causa liegenden Eigenthumstradition die Römer am Erforderniß der Sachübergabe festhalten, ist rein positives Recht. Eine civilistische Nothwendigkeit existirt hier nicht [9]), es ist lediglich eine Frage der practischen Zweckmäßigkeit (utilitas), ob das Gesetz, wie z. B. das franzö-

8) Im Preußischen Recht ist Letzteres gestrichen. Koch Preuß. Priv.R. 3. Aufl. (1858) II. §. 675 Note 13.

9) Noch viel weniger kann über das Eigenthum hinaus z. B. für Begründung von Servituten außer dem beiderseitigen Willen (dem Vertrage) von einem allgemeinen Princip der Nothwendigkeit der Quasitradition die Rede sein.

46 sische Recht, auch ohne Sachübergabe nur den Veräußerungswillen der Parteien fordern solle oder nicht. Ja auch das würde, wie ich schon oben bemerkte, nichts civilistisch Undenkbares, sondern höchstens etwas civilistisch Unzweckmäßiges enthalten, wenn der Rechtssatz bestimmte, nicht bloß das Eigenthum unmittelbar überlassende Verträge, sondern auch schon die Eigenthumsüberlassung *versprechende* Verträge sollten nach Art einer cessio legis den Eigenthumsübergang selbst (sei es bloß Gewährung einer utilis rei vindicatio, sei es sogar unmittelbares gesetzliches Herüberspringen des Eigenthums) in sich fassen.

Haben wir in der Sachübergabe bei der nicht-verkaufsweisen Eigenthumstradition lediglich eine Bestimmung vor uns, der sich die legislative Zweckmäßigkeit nicht absprechen läßt, — denn der Wille tritt erst damit für Geber wie Empfänger als ein *äußerlich* vollkommen realisirter auf[10]), es ist ihm, auch dritten Personen gegenüber, die gleich an der Sache erkennbare Gestalt gegeben, es ist mithin um so leichter auf die Ernstlichkeit des Willens zu schließen und die Beweisbarkeit des Willens wird dadurch sehr vereinfacht, — so ist es von der anderen Seite völlig unrichtig, auch wiederum die Vorschrift der 12 Tafeln über die Abhängigkeit des Eigenthumsüberganges von Preis-Zahlung oder -Creditirung im Fall der verkaufsweisen Tradition als einen Satz zu bezeichnen[11]), der gar „nicht als ein positiver angesehen werden dürfe", sondern dessen Inhalt auch ohne gesetzliche Bestimmung „von selbst folge" „einer gesetzlichen Feststellung nicht bedurft hätte", eine Behauptung wofür Strempel den Beweis in jenen vielbesprochenen Institu-

10) Hugo Civ. Mag. IV S. 180: „Es giebt noch einen anderen Gebrauch des Uebergebens, der fast noch häufiger ist als jener, nämlich zu machen, *daß der Empfänger etwas habe*."

11) Strempel a. a. O. S. 55. 85.

tionenworten iure gentium id est iure naturali zu finden 46
glaubt.

Alle diese Auffassungen über Naturnothwendigkeit, Selbstverständlichkeit, Natur der Sache beruhen auf ungenügendem Verständniß der wirklichen natürlichen Principien, wie sie für die wissenschaftliche Erklärung unserer Rechtsinstitute allerdings von größter Bedeutung sind.

§. 47. (Geschichtliche Entwicklung der Eigen- 47
thumstradition.) — Mancipation und Eigenthumstradition stehen sich darin gleich, daß, wenn die Sache gegen Geld hingegeben wird, der Eigenthumserwerb von Zahlung oder Creditirung dieses Geldes abhängt, im Uebrigen lediglich der animus transferendi et accipiendi dominii genügt.

Man könnte hiernach leicht zu der Ansicht geführt werden, da sich für die Mancipation zwei historische Perioden der Kaufmancipationen und der sonstigen Mancipationen nachweisen lassen, ebenso auch für die Tradition eine frühere Zeit zu vermuthen, in der nur die Verkaufstradition das quiritische Eigenthum gewährte, an die sich dann erst gleichen Schrittes mit Erweiterung der Mancipation auch die erweiterte Eigenthumstradition angeschlossen hätte.

Diese Auffassung würde aber sehr bedenklich sein. Mancipation und Tradition liegen, trotz jener Gleichartigkeit doch auch wieder ganz verschieden. Die Mancipation ist der solennisirte Kauf und ist dies stets geblieben, als man die Mancipation auch auf Grundlage simulirter Kaufgeschäfte zuließ. Dagegen ist nicht daran zu denken, daß die nichtverkaufsweisen Eigenthumstraditionen die Fiction oder Simulation eines Verkaufs in sich enthielten, sie stehen der verkaufsweisen Tradition ganz selbständig gegenüber. Es ist einfach der Gegensatz: will man seine Sache gegen Geld weggeben, so hat die Geldzahlungsfrage juristische Einwirkung auf die Tradition, will man sie ohne Geld-

47 gegenleistung weggeben, so steht das Jedem frei und dann kommt es bloß auf den Willen an. Danach läßt sich denken, daß seitdem die Tradition quiritisches Eigenthum gewährte, sie gleich in beiden Gestaltungen vorkam. Daß Mancipation und Tradition in jenem Punkte auf gleicher Stufe stehen, liegt nicht darin, daß sie innerlich gleichartig wären und also gleiche geschichtliche Entwicklung hätten haben müssen, sondern es erklärt sich aus dem Wesen und der zwingenden Macht des Kaufes, welche in der Mancipation hervortreten mußte, so weit diese nur die Solennisirung wirklicher Kaufgeschäfte war, und welche ebenso sich auch bei der Tradition zeigen mußte, weil diese als ein formloses Geschäft ohne einheitliches dem Civilrecht angehöriges Princip der Geltung jener Kaufregel gar kein Hinderniß entgegen zu setzen vermogte. Dagegen die in iure cessio als ein civilrechtlich fixirter Formalact enthielt von vorn herein ein solches Princip, und so konnte hier, wie oben erörtert worden (§. 8), von einer Anwendung jener Kaufregel nicht die Rede sein.

Im Uebrigen wage ich, wegen des Mangels an Quellennachrichten, über die Frage, wie und wann sich die Eigenthumstradition entwickelt hat, keine Vermuthungen. Nur Eins muß noch erwähnt werden, für das wir in unserer Institutionenstelle in der That einen Anhaltspunkt haben. Sie sagt, daß nach den 12 Tafeln das Eigenthum der Sache beim Verkauf übergeht, wenn der Preis gezahlt ist. Gewiß wird hier nicht nothwendig eine solenne solutio per aes et libram, sondern lediglich die reelle Leistung des Geldes vorausgesetzt, und gewiß wird schon damals wie später die solutio als ein dare des Preises aufgefaßt worden sein. Also danach hat schon zur Zeit der 12 Tafeln die nuda traditio am Kaufgelde quiritisches Eigenthum übertragen. Und man mögte geneigt sein hiernach wenigstens das anzunehmen, daß schon damals, [überhaupt wohl

seit es gemünztes Geld gab] (§. 11 Nr. 4) allgemein die Geld- 47
Tradition vom Eigenthümer an den Empfänger einen Erwerb des quiritischen Eigenthums enthielt[1]).

1) Das Geld würde seinen Zweck gar nicht recht erfüllen können, wenn es nicht einfach durch animo tr. e. a. d. vorgenommene Uebergabe von Seiten des dominus veräußert werden könnte.

Drittes Capitel.

Die venditionis causa in anderen Geschäften.

48 §. 48. (Als Verkauf zu behandelnde Geschäfte.) — Unser Satz, daß die venditionis causa eine essentielle, die sonstigen causae eine nur declarative Bedeutung für die Eigenthumstradition haben, muß vorzugsweise noch nach folgender Richtung hin practische Consequenzen hervorrufen.

Es kommt vielfältig vor, daß ein gewisses Verhältniß zunächst der genaueren Prüfung bedarf, unter die Bestimmungen welches Geschäfts es zu bringen sei, und daß als Resultat dieser Prüfung sich herausstellt, es sei in der That ein Sachverkauf anzunehmen, also die Rechtsregeln des Kaufs zur Anwendung zu bringen. Ferner giebt es gewisse Geschäfte, die an sich einen selbständigen Inhalt haben, von denen aber doch das Recht sagt, daß sie als Sachverkauf behandelt werden sollen. So z. B. wird die datio in solutum, der Zuschlag des Pfandes an den Gläubiger nach den Regeln des Verkaufs beurtheilt [1]). So ist der richtigen Ansicht nach das moderne Expropriationsverfahren als Verkauf, nicht als Vergleich aufzufassen [2]).

---

1) Fr. 24 pr. de pign. act. 13. 7; s. ferner fr. 16 §. 9 de pign. 20. 1. Sintenis Civ.R. II §. 117. — Vgl. auch noch Böcking Pand. II §. 153 Note 11. 12.

2) Seufferts Archiv II Nr. 295. III Nr. 61. IV Nr. 41. 117. V Nr. 289. IX Nr. 354.

Für solche Fälle gilt denn also auch der Satz, daß das, 48
was dabei als Kaufspretium angenommen wird, entweder schon gezahlt oder creditirt sein muß, ehe durch die Sachtradition, auch wenn bei ihr der animus transferendi et accipiendi dominii vorhanden und etwa ausdrücklich erklärt worden war, das Eigenthum übergehen kann.

Einen unter diesen Gesichtspunkt gehörigen Rechtsfall theilen die „Entscheidungen in Rostock'schen Rechtssachen", Erste Fortsetzung (1853) S. 153 ff. mit [3]). Das OAGericht zu Rostock kommt darin zu dem Ergebniß, daß ein Kaufcontract vorliege. Nun war in dem vorliegenden Fall in unzweideutigster Weise von den Parteien der animus transferendi et accipiendi dominii bei der Sachübergabe erklärt worden. Das OAGericht sagt demgemäß ganz richtig, daß, da ein Kauf anzunehmen sei, dieser als die iusta causa traditionis dastehe, und auf Grundlage dessen, daß das als Kaufpreis aufzufassende Geld wirklich gezahlt worden, das Eigenthum der Sache als übergegangen zu betrachten sei. In unzulässiger Weise tadelt dies Strempel [4]), indem er meint, da der Eigenthumsübergang von den Parteien ausdrücklich erklärt war, sei eine Berufung darauf, daß der Preis in Folge des Kaufs gezahlt worden, unnöthig.

Gleichartig den in Note 1 erwähnten Gestaltungen sind die Fälle, wenn Jemand eine Sache unter Feststellung einer aestimatio empfängt. In den Quellen werden unter diesem Gesichtspunkt besonders die zwei Beispiele hervorgehoben, wenn eine dos aestimata gegeben wird, und wenn der Pachter aestimatum instrumentum übernimmt [5]). Durch Verabredung der aestimatio wird

3) Vgl. auch Seufferts Archiv VII Nr. 282 (283).

4) a. a. O. S. 136.

5) Fr. 3 locati 19. 2: Quum fundus locetur, et aestimatum instrumentum colonus accipiat, Proculus ait, id agi, ut instrumentum emtum habeat colonus, sicuti fieret, quum quid aestimatum in

48 hier ein Verhältniß eingegangen, das als Kauf aufgefaßt werden muß [6]), und nothwendig muß deßhalb die Regel Platz greifen, daß das Eigenthum der verkauften und tradirten Sache erst übergeht, wenn der Preis gezahlt oder creditirt worden ist. Da nun die Feststellung der aestimatio hier gerade in dem Sinne gemacht worden ist, daß das Geld noch nicht gleich gezahlt werden soll, so muß, damit das Eigenthum übergehen könne, die Verabredung der aestimatio in der Weise erfolgt sein, daß darin eine Creditirung gefunden werden kann. Haben die Römer nur eine Creditirung durch Stipulatio oder schriftlichen Contract gekannt (s. oben §. 23), so werden wir auch hier eine solche als geschlossen voraussetzen müssen. Meint man Letzteres nicht annehmen zu dürfen, so wird man gerade diese Fälle als (freilich immer nicht sicheren) Beweis benutzen, daß auch schon die Römer entweder überhaupt oder doch wenigstens gerade in solchen Fällen festgesetzter aestimatio zur formlosen Kaufpreiscreditirung, so wie sie sicher heutzutage besteht, vorgeschritten seien. — Nicht richtig wird bei diesen Aestimationen die Eigenthumsübergangsfrage von Chambon aufgefaßt. Er sagt (S. 79. 80 a. a. O.), die bekannte Regel, daß durch Tradition nur dann Eigenthum übertragen wird, wenn der Verkäufer den Kaufpreis oder eine anderweite Sicherstellung angenommen hat, — habe bei jenen erwähnten Aestimationen **keine Geltung** erhalten können. Durch Feststellung der erst später zu zahlenden Aestimatio „erscheine der Eigenthumsübergang durch Tradition deßhalb als natürliche Folge des Kaufs, weil dem Verkäufer offenbar durch das Versprechen der späteren Leistung Genüge geschehen sei". Also Chambon nimmt in der Aestimationsverabredung ein für allemal eine Preiscreditirung

dotem daretur. Chambon Beiträge z. Obl.R. S. 21—27. Vgl. noch fr. 54 §. 2 locati.

6) Fr. 10 §. 5 in fin. de iure dot. 23. 3: aestimatio enim venditio est. S. auch Gai. III 146.

an; alsdann aber liegt es hier nicht so, daß jene bekannte Re- 48
gel des von ihm citirten §. 41 J. de rer. div. [welche nicht bloß solutio, und satisfactio, sondern auch das fidem sequi in sich faßt] „keine Geltung" erhielte, sondern umgekehrt gerade in Gemäßheit derselben ist die Eigenthumsübergangsfrage zu entscheiden.

§. 49. (Der Trödelcontract.) — Noch wieder einen 49
Schritt weiter, als die eben erwähnten Aestimationen, liegt der Trödelcontract. Die vielbesprochene Frage, nach welchen Grundsätzen bei ihm der Eigenthumsübergang anzunehmen sei, ist wichtig genug, um hier einer besonderen Erwägung unterzogen zu werden. Sie liegt so, daß gerade in Verbindung mit ihr ein allgemein für die Eigenthumstraditionslehre wesentlicher Punkt am Besten seine Erledigung finden wird. Es wird sich nämlich erst hier nachweisen lassen, daß, wie ich schon oben mehrfach hervorhob, für die declarativen causae nicht bloß das factische Gefaßtsein des animus t. e. a. d., sondern auch die factische Möglichkeit dieses Gefaßtseins als Erforderniß für den Eigenthumsübergang aufgestellt merden muß.

Puchta [1], unter Berufung auf eine nicht beweisende Stelle (s. den vor. §. Note 5), nimmt an, daß beim eigentlichen Trödelcontract, in welchem die Gefahr des Zufalls dem Trödler zufalle, — und zwar insbesondere dann, wenn von ihm der Anstoß zum Geschäft ausgegangen, — das Eigenthum auf den Trödler übergehe. Andere umgekehrt läugnen den Eigenthumsübergang [2], was Sintenis mit der Frage begründet: „welches wäre denn auch die causa dieses Geschäfts und worin bestände seine Gegenleistung?" Wieder Andere stellen es lediglich auf den concreten Willen der Betheiligten; ist beim Trödelcontract der auf Eigenthumsübergang gerichtete Wille ausdrücklich erklärt worden, so soll sich der Uebergang des Eigenthums von selbst verstehen;

1) Pand. §. 313 Note e. Vorlesungen eod.

2) Glück Bd. 18 S. 67 ff. Sintenis II §. 117 Note 3.

49 liegt solche ausdrückliche Erklärung nicht vor, sondern hat äußerlich nur Sachübergabe stattgefunden, so soll es facti quaestio sein, ob das Vorhandensein das animus transferendi und accipiendi dominii angenommen werde oder nicht, und zwar soll doch in dubio für den Eigenthumsübergang zu präsumiren sein [3]). — Die Puchta'sche Auffassung, als eine durch die Quellen nicht unterstützte und auch wohl wenig angenommene, werde ich hier bei Seite lassen können. Die anderen beiden Ansichten, die jede aus allgemeinen Principien der Eigenthumstraditionslehre argumentiren, sind deßhalb nicht haltbar, weil die verwendeten allgemeinen Principien nicht richtig sind. Wenn Sintenis eine bestimmte causa fordert und sie im Trödelcontract nicht findet, so steht ihm seine eigene Auffassung entgegen (I §. 49), wonach zur Eigenthumsübertragung nicht bloß ein gesetzlich erlaubtes Rechtsgeschäft sondern auch „eine andere Thatsache" hinreicht, „woraus die Absicht des Tradenten Eigenthum zu übertragen erhellt". Danach also kann es beim Trödelcontract nur auf den factischen Willen, ob Eigenthum übergehen solle, ankommen und dann muß Sintenis zur Strempel'schen Ansicht gelangen. Diese letztere ist wiederum nicht durchführbar, weil, wie wir gesehen haben, der Satz nicht richtig ist, daß zum Eigenthumsübergang allgemein nur der Wille, Eigenthum zu geben und zu nehmen, nöthig sei.

Die Frage stellt sich für den Trödelcontract folgendermaßen. Der Rechtssatz ist, daß wenn man seine Sache gegen Geld weggeben will, es zum Eigenthumsübergang der erfolgten Regulirung der Preiszahlungsfrage bedarf; will man sie ohne Geldgegengabe veräußern, so genügt der Wille Eigenthum zu geben und zu nehmen. Beim Trödelcontract dürfen wir also nicht lediglich nach diesem Willen fragen, sondern es muß erst die Vor-

3) Strempel a. a. O. S. 54. 55.

frage beantwortet werden, ob und wie weit im Trödelcontract 49
etwa eine Sachveräußerung gegen Geld, also ein dem Verkauf gleichstehendes Verhältniß, zu finden ist. In soweit muß die Frage vom Eigenthumsübergange von den beim Verkauf geltenden Grundsätzen abhängen.

Der Trödelcontract ist das **rem aestimatam vendendam dare**. Der Trödler hat die Verpflichtung, entweder die Sache oder die aestimatio zurückzugeben, er kann die Sache für eigene Rechnung verkaufen, er kann sie auch für sich behalten wollen; jedenfalls hängt es von seiner Entscheidung ab, ob res oder aestimatio zu leisten ist, und gerade weil der Sachleistende von Anfang an eine Klage auf das Eine oder Andere, aber nach des Gegners Entscheidung, haben muß — wofür die actio venditi nicht paßt, — ist der eigentliche Trödelcontract aufgestellt worden [4]).

a. Wählt nun der Trödler die Aestimationsleistung, so besteht freilich kein Kauf [5]); denn nur wenn von vorn herein lediglich eine aestimatio festgestellt ist, liegt eine venditio vor (§. 48 Note 6). Aber der Sachleistende hatte doch dem Trödler die Sache gegeben, damit dieser sie gegen die Preisleistung behalten, beziehendlich weiter veräußern könne. Die vom Trödler gewählte Aestimationsleistung vermag das einmal bei seiner Begründung nicht unter den Kaufbegriff passende Verhältniß nicht hinterdrein zum Kauf und also zur Grundlage der actio venditi zu machen; dagegen ist es vollständig möglich, daß der Trödelcontract, wie auch Brinz (S. 15) anerkennt, „je nach Umständen **wie ein Verkauf wirken** kann". Wirkt er aber im Fall der Entscheidung für die Aestimationsleistung wie ein Verkauf, so ist auch

4) Chambon a. a. O. S. 31. 48 ff. Brinz Kritische Blätter I (1852) S. 13: „In dem Trödelcontract ist die Zurückgabe, wenngleich nur alternativ, in obligatione".

5) Wie Chambon annimmt; dagegen mit Recht Brinz.

49 die Consequenz gegeben, daß die Verkaufsregel in Betreff des Eigenthumsüberganges zur Anwendung kommt, also das Eigenthum nur übergeht, wenn entweder die Zahlung der Aestimation wirklich erfolgt, oder eine Preiscreditirung, sei es in einem besonderen Vertrage, sei es gleich von Anfang an in dem Trödelcontract selbst, gefunden werden kann[6]).

b. Demgegenüber steht dann die Frage, ob umgekehrt für den Fall, daß der Trödler sich nicht für die Aestimationsleistung entscheidet, und mithin die Sache zurückgegeben werden soll, ein Eigenthumsübergang angenommen werden könne[7]). Nun kann man ja, auf den Fall, daß man kein Pretium für die Sache erwartet, sein Eigenthum an der übergebenen Sache lediglich auf Grundlage des beiderseitigen Willens verlieren. Es scheint also, daß man sagen dürfe, die Parteien könnten gerade auf den Fall der Nichtentscheidung für die Aestimatio, eine gleich anfängliche Eigenthumsübertragung wollen, so daß dann später das Zurückgelangen der Sache entweder als Eigenthumsrückübertragung oder als Resolution des Eigenthums aufzufassen wäre. In der That wird denn auch diese Ansicht vertheidigt.

6) Chambon S. 80. 81. Zu weit geht Brinz S. 35: „Wir meinen, bei dem Contract ut eadem mihi afferres aut pretium, sei das pretium immer creditirt". Gerade weil die Möglichkeit ist, daß die Sache zurückgebracht werde, liegt noch keineswegs ein für allemal im Geschäftsabschluß der Wille des Sachleistenden, daß definitiv in Betreff des Preises dem Trödler fides habita sei. Jener will die Sache oder das Geld; mag auch die Entscheidung der Alternative vom Trödler abhängen, so kann der Sachleistende das Sacheigenthum erst recht so lange sich bewahren wollen, bis ihm die vom Trödler gewählte aestimatio reell geleistet wird. Paul. rec. sent. II 4 §. 4: ut ea distracta pretium ad me deferres. Hatte in solchem Fall der Trödler weiterverkauft, so hat der von ihm Kaufende gegen den Trödler jedenfalls gleich exc. rei vend. et trad. (resp. Publ. act.), die von dem Momente an, wo der Trödler den Erstleistenden bezahlte und also Eigenthümer wurde, auch der proprietas gegenüber Schutz gewährt.

7) Diese zweite Seite wird von Chambon nicht genügend hervorgehoben.

Prinz (S. 35) entscheidet sich speciell für Eigenthumsübergang 49
mit Rückübertragungspflicht: „Wie nun aber, wenn der Herr sofort Eigenthum auf ihn übertragen wollte, ist das undenkbar und unausführbar? würde das dem Trödelcontract seinen Charakter nehmen? wir meinen, es würde ihn nur entschiedener machen, das etwas indifferente dare vollends ausprägen[8])."

Um zu prüfen, ob dies richtig ist, muß zunächst der Blick auf andere parallel liegende Verhältnisse geworfen werden.

§. 50. Eigenthumsübertragungswille bei Sach- 50
anvertrauungen.) — Kann — in dieser allgemeinen Fassung wird die Frage ins Auge zu fassen sein, — bei obligatorischen Verhältnissen, deren Wesen an sich bloße Sachtradition (Besitz- oder nur Detentionsübergabe) voraussetzt, der besondere Parteiwille unbeschränkt feststellen, daß Eigenthumsübergang mit Rückübertragungspflicht statt finden soll?

Folgende Hauptanwendungsfälle will ich hier hervorheben:

Kann man so deponiren, daß der Depositar während des Depositums Eigenthümer sein soll?

Kann man commodiren, precario geben, so daß mit Hingabe der Sache nicht bloß Detention resp. juristischer Besitz, sondern das Eigenthum mit Rückübertragungspflicht übergehen soll?

Kann man in der Weise verpfänden, daß der Pfandgläubiger sogleich zum Eigenthümer der Sache gemacht wird, und im Fall der richtigen Schuldzahlung das Eigenthum zurückzuleisten verpflichtet ist?

Kann man eine Sache vermiethen in der Art, daß der Miether während der Miethzeit Eigenthümer wird?

Kann man eine locatio operis so eingehen, daß z. B. beim Waarentransport die zu transportirenden Gegenstände wäh-

---

8) Puchta erklärt sich für die Annahme einer Eigenthumsübertragung mit Resolutivbedingung. Vorl. §. 313. Dagegen Prinz S. 36. 37.

50 rend des Transports im Eigenthum des Transportirenden stehen sollen?

Kann man ein Mandat so vornehmen, daß der Mandatar an den ihm zur Mandatsausführung eingehändigten Sachen Eigenthum haben soll?

Jeder wird von vorn herein Savigny zugeben (S. 258), daß Geschäfte wie Miethe oder Depositum, zunächst, wenn Nichts weiter vorliegt, darauf schließen lassen, daß die Parteien keinen Eigenthumsübergang beabsichtigten. Aber dabei bleibt doch immer die Möglichkeit bestehen, daß die Parteien ein Anderes wollen und feststellen. Unsere Frage gestaltet sich daher vielmehr so: können sie dies wollen?

Savigny, obgleich diesen Punkt nicht besonders hervorhebend, muß ihn doch offenbar bejahen. Er sagt, wenn die Parteien ausdrücklich erklären: durch diese Handlung soll Eigenthum übergehen, so bedarf es keiner weiteren Prüfung. Setzen wir also einmal bei allen jenen aufgezählten Fällen eine solche ausdrückliche Erklärung voraus, so ist bei der Theorie, daß zur Eigenthumstradition nur das Gefaßtsein des animus transferendi und accipiendi dominii gehöre, eine Bejahung des Eigenthumsüberganges gar nicht zu umgehen. Und diese Bejahung hat denn auch Strempel (S. 126—141) in der bestimmtesten Weise anerkannt und durch die einzelnen Fälle durchzuführen versucht.

Ich muß nun aber, abgesehen von einer Einschränkung, eben so bestimmt mich für die Verneinung erklären.

Die Einschränkung ist diese. Wenn (was freilich gar nicht bei allen unter den vorher aufgezählten Fällen gedacht werden kann) fungible Sachen mit der Bestimmung hingegeben worden sind, daß nur ebensoviel vom selben genus zurückgegeben werden soll, so geht das Eigenthum allerdings über. Dieser bekannte beim Depositum und bei der locatio operis in den

Quellen entschieden vorkommende Fall [1]) erklärt sich aber nicht 50
etwa aus dem Wesen des Depositums oder der locatio, im Gegentheil er steht demselben als eine Irregularität gegenüber; er erklärt sich vielmehr aus dem Wesen der fungiblen Sachen, bei denen, wenn die Parteien Rückgabe von Ebensoviel verabreden, sie etwas Anderes als ein in creditum ire, d. h. Eigenthumsübertragung mit Rückübertragungspflicht von gleicher Quantität und Qualität, gar nicht wollen können. Eine entgegenstehende Willenserklärung würde Widerspruch gegen ihre eigene Satzung, eine protestatio facto contraria sein.

Abgesehen von dieser Einschränkung muß in jenen Fällen eine Möglichkeit der Eigenthumsübertragung für unser practisches Recht ganz geläugnet werden. Sie konnte allerdings bei den Römern mittelst der Mancipation und Fiducia der Remancipation vorkommen und wird auch in Betreff einiger jener Fälle in den Quellen ausdrücklich hervorgehoben [2]). Das erklärt sich aber daraus, daß hiebei die Mancipation (in ihrer späteren Gestalt) als Formalact verwendet wurde, also ganz selbständig den Eigenthumsübergang bewirkte. Unsere Frage ist aber nicht: ob man nicht selbständig Eigenthum übertragen und doch in Betreff

1) Fr. 31 locati 19. 2: . . . duo genera esse, ut aut idem redderetur . . . aut eiusdem generis redderetur . .; ex superiore causa rem domini manere, ex posteriore in creditum iri. Idem iuris esse in deposito . . . sive eius generis essent merces, quae nautae traderentur ut continuo eius fierent et mercator in creditum iret . . . sive eadem res, quae tradita esset, reddi deberet. fr. 24 depositi 16. 3. — Vgl. in Betreff des Mandats fr. 22 §. 7 mandati 17. 1: Si tibi centum dedero, ut ea Titio dares, tuque non dederis sed consumseris, et mandati et furti teneri te Proculus ait; aut (at) si ita dederim, ut quae (nach der Lesart cui würde die Stelle nicht hierher gehören) velles dares, mandati tantummodo.

2) Gai. II 60: Sed cum fiducia contrahatur aut cum creditore pignoris iure aut cum amico, quod tutius nostrae res apud eum essent.

50 der übertragenen Sache das materielle Verhältniß des pignus oder depositum intendiren könne, sondern: ob, wenn eine anderweite Eigenthumsübertragungsform nicht vorliegt, man **lediglich auf Grundlage** des pignus oder depositum u. s. w. eine Eigenthumsübertragung der als idem zu restituirenden Sache wollen könne. Und diese Frage verneint das Römische Recht in der bestimmtesten Weise. Es sagt:

> Fr. 45 pr. de R. J. 50. 17: Neque pignus neque depositum neque precarium neque emtio neque locatio **rei suae** consistere potest [3]).

Wenn man aber nicht Depositar, Precarist u. s. w. seiner eigenen Sache **sein** kann, so kann man auch nicht **durch** dies Depositum, Precarium u. s. w. zum Eigenthümer der empfangenen Sache gemacht werden, d. h. der Parteiwille, der das Depositum u. dergl. feststellt, würde mit sich selbst in Widerspruch treten, wenn er zugleich bestimmen wollte, **hiedurch** solle der Sachempfänger Eigenthümer werden [4]). Die Frage kann sich also nur

3) Vgl. nach fr. 15. 31 §. 1 depositi 16. 3: depositum cuius haec est potestas, ut alii, non domino sua ipsius res quasi aliena servanda detur.

4) Man kann das auch so ausdrücken: Depositum und ähnliche Geschäfte können trotz ausdrücklichen Willens der Parteien nicht iusta causa der Eigenthumstradition sein, und also besteht noch immer der Satz, daß die Eigenthumstradition nicht lediglich auf dem gefaßten animus t. e. a. d. ruht, sondern eine materielle Sachlage, iusta causa, (nur nicht gerade ein Rechtsgeschäft) voraussetzt, in Folge deren man überhaupt den Willen des Eigenthumsüberganges factisch (d. h. ohne Widerspruch mit seinem sonstigen Wollen) **haben kann**. Ulp. XIX. 7: scilicet si **ex iusta causa** traditae sunt nobis. — Gleichartig liegt die Frage auch wiederum bei der Usucapion. Weil, wenn man in Wirklichkeit deponiren, commodiren, precario geben, zum Pfand stellen will, man nicht auf Grund hievon Eigenthum übertragen kann, so kann der Erwerber a non domino auch nie auf Grund eines derartigen Geschäfts glauben, daß er dominus geworden sei. Also es kann keinen titulus pro deposito, commodato, precario, pignore geben,

so stellen: was will der Parteiwille wirklich? Will er vor Allem 50
Eigenthumsübertragung, dann besteht kein Depositum und dergl., sondern Eigenthumsübertragung aus dem Motive der Schenkung mit Rückübertragungspflicht, oder unter einer Voraussetzung oder Sachlage deren Wegfall condictio causa data, resp. sine causa zur Folge hat, oder irgend eine sonstige declarative mit dem Eigenthumsübertragungswillen vereinbare causa. Wollen umgekehrt die Parteien wesentlich und vor Allem Depositum oder ein ähnliches Geschäft, so wollen sie eben damit keine Eigenthumsübertragung, und ihr in letzterer Hinsicht entgegenstehendes Wollen ist inhaltlos und also nichtig.

Genau diese Auffassung wird von Ulpian in einer bekannten, freilich von Strempel sehr unrichtig erklärten Stelle dargelegt. Der Jurist erörtert die Rechtsverhältnisse, welche aus dem Hingeben der Parapherna von Seiten der Frau an den Mann eintreten können. Die entscheidende Frage hiebei ist nach Ulpian, ob die Parteien Eigenthumsübertragung wollten. Jenachdem dies vorliegt oder nicht, ist das zwischen den Parteien vorliegende obligatorische Rechtsverhältniß verschieden zu beurtheilen. Ulpian sagt:

1. Liegt der Eigenthumsübertragungswille vor, so fällt das Verhältniß unter den Gesichtspunkt der condictio ob causam datorum. Die Parapherna sind gegeben unter Voraussetzung des künftigen Entstehens resp. Fortbestehens der Ehe; also

und man kann deßhalb auch nicht auf Grund solcher causae auf die Publiciana actio Anspruch machen. Fr. 13 §. 1 de Publ. act. 6 2: Interdum quibusdam nec ex iustis possessionibus competit Publicianum iudicium. Namque pignoratitiae et precariae possessiones iustae sunt, sed ex his non solet (das heißt nicht etwa, daß es ausnahmsweise doch denkbar sei, sondern es hat, wie die hinzugefügte ratio zeigt, den Sinn der allgemeinen Verneinung) competere tale iudicium, illa scilicet ratione, quia neque creditor neque is qui precario rogavit, eo animo nanciscitur possessionem ut credat se dominum esse.

50 jedenfalls nach Auflösung der Ehe können sie wegen des Wegfallens der Voraussetzung condicirt werden [5]). Ob dabei auch schon vor Auflösung der Ehe beliebig das jus poenitendi ausgeübt werden kann, wird von Ulpian nicht besprochen.

2. Liegt übrigens nichts als die (in Rom übliche) Einhändigung des rerum libellus vor, so ist das allerdings nicht als Eigenthumsübertragungswille zu interpretiren, und alsdann hat die Frau: a) wenn doch ein wirkliches Committiren der custodia statt gefunden hat, actio mandati oder depositi; b) wo nicht, so kann bei vorhandenem amovendi animus mit der actio rerum amotarum geklagt werden; c) liegt auch dieser animus beim Manne nicht vor, so bleibt schließlich noch die actio ad exhibendum [6]).

Also Ulpian sagt: ist Eigenthum übertragen, so findet condictio statt; ist aber bloße custodia dem Manne committirt, so hat die Frau actio depositi beziehungsweise mandati; diese Committirung der custodia ist offenbar etwas in Gegensatz zur

5) Fr. 9 §. 3 de iure dot. 23. 3: Ceterum si res dentur in ea, quae Graeci παράφερνα dicunt, quaeque Galli peculium appellant, videamus an statim efficiantur mariti? Et putem, si sic dentur ut fiant, effici mariti, et cum distractum fuerit matrimonium non vindicari oportere sed condici, nec dotis actione peti cet. In allen Fällen, wo man zunächst Eigenthumsübertragung will, wobei aber festgestellt wird, daß die Sache (die der Empfänger aufbewahren, gebrauchen, zu seiner Sicherung haben soll u. dergl.) unter einer gewissen zukünftigen Voraussetzung ins Eigenthum des Gebers rückübertragen werden soll, — findet das Rechtsverhältniß nicht des Depositums, Commodats, Pignus u. s. w., sondern der condictio statt.

6) Plane si rerum libellus marito detur, ut Romae vulgo fieri videmus ..... hac igitur res an mariti fiant videamus. Et non puto; non, quod non ei tradantur (quid enim interest, inferantur volente eo in domum eius, an ei tradantur?), sed quia non puto hoc agi inter virum et uxorem, ut dominium ad eum transferatur, sed magis ut certum sit, in domum eius illatas, ne si quandoque separatio fiat negetur. Et quia plerumque custodiam earum rerum repromittit nisi mu-

Eigenthumsübertragung Gestelltes. Wie läßt sich nun sagen[7], 50
daß „Jeder es unbedenklich gestatten werde, es könne auch bei
erfolgtem Eigenthumsübergange ein Mandats- oder Depositions-
verhältniß als unterliegend gedacht werden"?

§. 51. (Die verschiedenen beim Trödelcontract 51
denkbaren Elemente.) — Ich kehre zum Trödelcontract zurück. Verbinden wir das so eben aus parallel liegenden Verhältnissen Gewonnene mit dem im §. 49 über den Inhalt des Trödelcontracts Gesagten, so ergiebt sich als nothwendiges Resultat für die Frage vom Eigenthumsübergang beim Trödelcontract nicht etwa die §. 49 a. E. erwähnte Ansicht von Brinz oder Puchta, sondern Folgendes.

Es müssen drei Fälle unterschieden werden.

1. Es wird eine ästimirte fungible Sache an den Trödler mit der Bestimmung gegeben, daß im Fall der Sachrückleistung nur Gleichviel in Quantität und Qualität zurückgegeben werde (ut eiusdem generis redderetur). Solche Verabredung kann namentlich dann vorkommen, wenn der herumziehende Trödler fungible Waaren derselben Art von verschiedenen Geschäftsherren in dasselbe Behältniß aufnimmt. Hier muß sogleich das Eigenthum übergehen, und zwar (ganz parallel den §. 50 Note 1 erwähnten Gestaltungen der locatio operis oder des Depositums) in Folge des Wesens der fungiblen Sachen. Der Trödelcontract nimmt hier das Element des in creditum ire in sich auf, und wird davon materiell beherrscht. Entscheidet sich der Trödler für die Sachrückgabe, so ist diese: Eigenthumsrückübertra-

---

lieri commissae sint, videbimus harum rerum nomine, si non reddantur, utrum rerum amotarum an depositi an mandati mulier agere possit? Et a) si custodia marito committitur, depositi vel mandati agi poterit, b) si minus, agetur rerum amotarum si animo amovendi maritus eas retineat, c) aut ad exhibendum si non amovere eas connisus sit.

7) Strempel S. 138—141.

51 gung, nicht Resolution des Eigenthums. Entscheidet er sich für die Aestimationsleistung, so ist doch auch von Anfang an Eigenthum übergegangen, denn in diesem in creditum ire in Betreff der Sache (welches doch ohne Zweifel den Parteien freistehen muß) liegt allerdings nothwendig und untrennbar auch ein fidem habere rücksichtlich des Preises [1]).

2. Es wird eine ästimirte fungible oder nicht fungible Sache an den Trödler unter der Bestimmung gegeben, daß entweder idem zurückgegeben oder die Aestimation geleistet werde, und es wählt der Trödler die Aestimationsleistung. Für diesen Fall enthält nach §. 49 Nr. a der Trödelcontract das Element des Verkaufs, und wird von dessen Consequenzen in Betreff des Eigenthumsüberganges beherrscht [2]). Also es kommt für den Eigenthumsübergang darauf an, ob die aestimatio gezahlt oder creditirt worden. Zahlt der Trödler die ihm nicht vorher creditirte (§. 49 Note 6) Aestimation, so wird der Eigenthumsübergang gewiß ebenso auf den Moment der Hingabe zum Vertrödeln retrotrahirt werden müssen, wie in dem oben besprochenen Fall des fr. 12 §. 5 und fr. 25 §. 1 de usufr. (vgl. §§. 16 u. 17). War die Aestimation von Anfang an creditirt, so entscheidet die Willensbestimmung des Trödlers, die Aestimation leisten zu wollen, den

---

1) Hier ist also in der That ein Fall, wo man auch schon nach R.R. eine Preiscreditirung ohne besondere Stipulation wird annehmen müssen. — Man könnte diesen Fall unter Nr. 1 nach Analogie der in fr. 31 locati zusammengestellten Punkte den „irregulären Trödelcontract“ nennen.

2) Der Trödelcontract bleibt immer derselbe einige Contract, nach seinen verschiedenen Seiten hin durch act. praescr. verbis zusammengehalten; aber diese verschiedenen Seiten, jenachdem die materielle causa des in creditum ire oder des Verkaufs hineinspielt, bestimmen den weiteren materiellen Inhalt des Trödelcontracts. So wenig er sich den Consequenzen der materiellen causa des in creditum ire entziehen kann, so wenig auch denen der causa venditionis.

Eigenthumsübergang, aber auch hier wohl unbedenklich mit re- 51
trotractiver Kraft.

3. Es wird eine ästimirte fungible oder nichtfungible Sache an den Trödler unter der Bestimmung gegeben, daß derselbe entweder idem zurückgebe oder die Aestimation leiste, und es wählt der Trödler die Sachrückleistung. Welches materielle Element liegt hier vor? Offenbar nur das der äußerlichen Sachanvertrauung, oder, mit dem fr. 9 §. 3 de iure dot. zu reden, des Committirens der custodia. Wenn die Parteien hier überhaupt in erster Linie den Trödelcontract wollen [3]), und da sie ausdrücklich bestimmt haben, daß idem redderetur, so kann auch lediglich wie in dem fr. 31 locati (§. 50 Note 1) entschieden werden: rem domini manere, und wenn sie auch noch so viel neben jenem zunächst Gewollten den animus transferendi und accipiendi dominii sagten und erklärten. Letztere Erklärung wäre doch immer eine protestatio facto contraria, und, eben wegen jenes anderen entschieden und vorzugsweise Gewollten, inhaltlos und nichtig.

Die entgegengesetzte Ansicht, wonach auch hier ein Eigenthumsübergang angenommen werden, ja der Trödelcontract dadurch „nur entschiedener gemacht werden" soll (§. 49 bei Note 8),

3) Also: wenn das Verhältniß nicht nach Analogie des fr. 9 §. 3 de iure dot. unter den Gesichtspunkt der Eigenthumsübertragung unter einer causa futura und mithin nach deren Wegfall unter die condictio causa data resp. sine causa fällt. In letzterem Fall haben die Parteien in erster Linie Eigenthumsübergang gewollt; dann aber besteht kein Trödelcontract, auch wenn die Parteien daneben erklärten, sie beabsichtigten einen Trödelcontract. Der specielle Zweck des Hingebens zum Vertrödeln (wie zum Aufbewahren, zum Gebrauchen, zur Sicherstellung u. s. w.) wird hier in dem gewollten maius (Hingeben zu Eigenthum) absorbirt, und kann sich nur zu einer Voraussetzung der Eigenthumsüberlassung gestalten, der zufolge, wenn die specielle causa futura nicht mehr vorliegt, eine Rückübertragungspflicht des Eigenthums vorliegt.

51 ist lediglich aus der falschen Voraussetzung hervorgegangen, daß unter allen Umständen der gefaßte und etwa ausdrücklich erklärte animus t. e. a. d. einen Eigenthumsübergang bewirken könne.

52 §. 52. (Quellennachweis.) — „Die Quellen sagen zu unserer Frage nichts", meint Brinz (S. 36). Ist dem wirklich so? In dem (auch von Chambon nicht benutzten) fr. 5 §. 18 de trib. act. 14. 4. schreibt Ulpian:

> Sed si dedi mercem meam vendendam, et exstat, videamus ne iniquum sit, in tributum nec vocari? Et si quidem in creditum ei abiit, tributio locum habebit; enimvero si non abiit, quia res venditae non alias desinunt esse meae, quamvis vendidero [1]), nisi aere soluto vel fideiussore dato vel alias satisfacto, dicendum est, vindicare me posse.

Diese Stelle kann auf dreifache Art erklärt werden.

1. Man kann die Worte: si quidem in creditum ei abiit mit Schrader [2]) so verstehen, wie in einer anderen Stelle Thöl sie erklärt (§. 44 Note 6): „wenn wir den Willen des Eigenthumsüberganges hatten [3])". Dann wäre, wenn man über-

1) Vermuthlich hat (obgleich keinerlei handschriftliche Unterstützung dafür vorliegt) Ulpian geschrieben: quamvis tradidero — das vendidero wäre, da venditae vorausgeht, eine reine Tautologie. Dagegen wichtig war es, hervorzuheben, daß beim Kauf, obgleich tradirt ist, das Eigenthum erst mit der Preis-Zahlung oder -Creditirung übergeht. — In den Basiliken ist das quamvis ven(tra)didero ganz weggelassen XVIII. 2. 5: οὐ παύεται γὰρ εἶναι τὸ πρᾶγμα τοῦ πιπράσκοντος, εἰ μὴ λάβῃ τὸ τίμημα (res enim venditoris esse non desinit, nisi pretium acceperit cet.)

2) Ad §. 41. J. de rer. div. (pag. 217). Vgl. auch Heimbach Creditum S. 422. 423.

3) Haloander liest statt abiit: abii. Aber von der Person sagen die Römischen Juristen: in creditum ire und nicht abire, und das abire wäre doch auch sonderbar. Liest man abiit, so wird nicht eine Person (vorher und nachher braucht der Jurist die erste Person), sondern die merx zu subintelligiren

haupt die Stelle als vom Trödelcontract redend annimmt, in 52
dieselbe der Sinn gelegt, welcher der im §. 49 Note 3 erwähnten Ansicht entspräche. Dem aber steht der Gebrauch, den die Römer von dem Ausdrucke in creditum ire oder res alicui in creditum abiit machen, durchaus entgegen. Sie verwenden ihn für fungible Sachen [4]), und zwar vorzugsweise für die datio derselben, nebenbei auch für die „Creditirung" der aus anderweiter causa geschuldeten pecunia [5]). Einen anderen Gebrauch in unserer Stelle zu suchen, wäre durch Nichts unterstützt. Außerdem wäre dann gar nicht verständlich, wie der Jurist in dem zweiten Satze: enimvero si non abiit („wenn der Wille der Eigenthumsübertragung nicht vorlag") dicendum erit, vindicare me posse, — dies durch die Motivirung hätte stützen können, daß beim Kauf bekanntlich das Eigenthum erst durch die Preis-Zahlung oder -Creditirung übergehe. Diese Erklärung muß also verworfen werden.

2. Man kann überhaupt läugnen, daß die Stelle auf den Trödelcontract zu beziehen sei. Diese Auffassung würde jedenfalls die von Chambon, wenn er überhaupt unsere Stelle ins Auge gefaßt hätte, gewesen sein. Chambon (S. 59. 81. 85) führt in Betreff einer anderen Stelle fr. 11 pr. de reb. cred. 12. 1 „quemadmodum si alii dedissem vendendam" an, daß, da

---

sein, von der also gesagt wird, daß sie in creditum übergegangen sei. — Da es nicht recht verständlich ist, wie man von einer Person sagen könnte alicui in creditum abiit, so wird in fr. 3 §. 3 de SC. Macedon. 14. 6 die vorzuziehende Lesart sein: in creditum abiit filiofamilias, wobei das vorhergehende pecunia zu suppliren ist. (Nicht richtig die Erklärung Heimbachs, Creditum S. 419 Note 3).

4) Fr. 2 §. 1 de reb. cred. 12. 1: quoniam earum datione possumus in creditum ire. fr. 19 §. 5 ad SC. Vell. 16. 1. fr. 31 locati 19. 2. — Vgl. auch fr. 19 §. 1 de reb. cred.: pecuniam .. in creditum .. acceperat.

5) fr. 3 §. 3 de SC. Maced. 14. 6.

52 das Charakteristische des Trödelcontracts in dem rem aestimatam vendendam dare liege, in dem bloßen Ausdruck vendendam dare ein bestimmter Hinweis auf den Trödelcontract nicht zu finden sei, hierunter vielmehr auch das Verkaufsmandat verstanden werden könne. Wäre dies richtig, so wäre unsere Stelle als Beweis für das im vorigen §. Entwickelte unbrauchbar. Aber mit Recht bemerkt dagegen bereits Brinz (S. 2—4), — und ich verweise hier auf seine Begründung, — daß das vendendam dare als technischer Ausdruck für den Trödelcontract gemeint sein müsse. Ganz ebenso werden wir danach auch in unserem fr. 5 §. 18 das mercem meam vendendam dare als technische Bezeichnung des Trödelcontracts zu nehmen haben. Brinz jedenfalls muß dies von vorn herein anerkennen.

3. Ist aber in der That das fr. 5 §. 18 als vom Trödelcontract redend anzusehen, so haben wir in Betreff der Frage vom Eigenthumsübergang beim Trödelcontract den bestimmtesten Quellenausspruch vor uns. Die Stelle unterscheidet in der im vor. §. dargelegten Weise, ob ein in creditum ire statt gefunden habe oder nicht. In jenem Fall liege von vorn herein Eigenthumsübergang vor, in diesem nicht. Und indem sie für diesen letzteren Fall sich weiter auf die Regel vom Eigenthumsübergang beim Kaufe stützt, so wird darin mit Sicherheit ausgesprochen, daß nur noch, wenn für die nicht in creditum übergegangene Sache die aestimatio gezahlt oder creditirt sei, ein Eigenthumsübergang statt finde. Damit ist zugleich negativ die bestimmte Antwort gegeben, daß wenn es sich gar nicht um die Aestimationsleistung sondern um die Rückgabe der extirenden, nicht in creditum übergegangenen, Sache handelt, von einem Eigenthumsübergang beim Trödelcontract gar nicht die Rede sein kann.

53 §. 53. (Ergebnisse für die Eigenthumstraditionslehre.) — Das Gesammtresultat der bisherigen Erörte-

rung über die Eigenthumstradition läßt sich in folgende Sätze fassen. 53

1. Zur Tradition ist die, selbst ausdrücklich erklärte, bloße voluntas transferendi und accipiendi dominii nicht genügend; vielmehr muß in soweit immer eine iusta causa vorliegen, als es aus der öconomischen Stellung der Sachleistung zu den beiderseitigen Vermögenskreisen erhellen muß, daß der Eigenthumsübertragungswille ein in sich factisch widerspruchsloser war. Oder negativ gefaßt: es darf nicht der Wille der Parteien feststehen, daß sie lediglich ein Geschäft einzugehen beabsichtigten, dessen Wesen in äußerlicher Sachübergabe (Committiren der custodia) besteht (Depositum, Commodat, Sachvermiethung, Trödelcontract unter der Voraussetzung, daß idem redderetur u. s. w.). Haben wir solch ein Geschäft vor uns, so kann, weil die iusta causa fehlt, selbst der ausdrücklich erklärte Wille (soweit nicht darin eine Zurücknahme jenes Committirens der custodia liegt) das Eigenthum nicht übergehen lassen. Insoweit läßt sich der Begriff iusta causa so übersetzen, es muß ein in concreto *factisch möglicher* Wille vorliegen.

2. Unter der Voraussetzung, daß in dieser Weise iusta causa, also die Möglichkeit des Eigenthumsübertragungswillens, vorliegt, kommt es weiter darauf an, ob man die Sache gegen Geld weggeben wollte. Alsdann ist die causa eine essentielle; sie steht in wirklichem juristischen Zusammenhang mit dem Eigenthumsübertragungswillen. Letzterer dependirt von der Erledigung der in der iusta causa venditionis enthaltenen Preiszahlungsfrage. Dies ist nicht etwa auf den präsumtiven Willen der Parteien zurückzuführen, sondern es liegt darin (abgesehen von der Creditirung) ein vom voluntaren Element ganz abtrennbares Princip der naturalis ratio. Ist der Preis nicht gezahlt oder creditirt, so geht das Eigenthum nicht über, selbst wenn

53 der Eigenthumsübertragungswille entschieden vorhanden und sogar ausdrücklich erklärt worden war.

3. Liegt überhaupt factische Möglichkeit des Eigenthumsübertragungswillens vor, und wollte der Eigenthümer seine Sache ohne Gegengeld veräußern, so steht im Uebrigen der Eigenthumsübergang in keiner weiteren juristischen Abhängigkeit von der einzelnen concreten causa, d. h. das einzelne Geschäft hat beim factischen Vorhandensein des Eigenthumsübertragungswillens nicht die Kraft, in Folge eines in jenem einzelnen Geschäft liegenden Momentes den Eigenthumsübergang zu hindern[1]). Die causa dient nur dazu, den factischen Willen, falls er nicht ausdrücklich erklärt ist, im Genaueren zu constatiren, sie hat eine lediglich declarative Bedeutung. Mag deßhalb ein bestimmtes Rechtsgeschäft in Beider Intention liegen, mag in der Person eines Jeden von Beiden eine verschiedene causa (z. B. Schenkung und Darlehn) intendirt worden sein, mag auch überhaupt der Wille sich auf eine falsa causa (indebitum, turpis causa u. dergl.) stützen, ja im engeren Sinne sine causa sein, so ist doch immer eine iusta causa im Sinne von Nr. 1 vorhanden, und in richtiger Verwendung des Princips ist hier immer Eigenthumsübergang anzunehmen. Dieses lediglich Anerkennung des voluntaren Elements enthaltende Princip gehört der naturalis aequitas an, es ist von dem Princip unter Nr. 2 völlig verschieden und beide stehen ganz selbständig neben einander, nicht ist der eine Punkt Ausnahme des anderen lediglich principiellen Punktes.

---

1) Auf die bekannten einzelnen Fälle, in denen ausnahmsweise (z. B. bei Schenkung unter Ehegatten) trotz des vorhandenen Parteiwillens der Eigenthumsübergang durch besonderen Rechtssatz verboten ist, brauche ich hier nicht weiter einzugehen. Die Ausnahme ändert nicht, sondern firmirt umgekehrt das gegenüberstehende Princip.

Viertes Capitel.

Dogmatische Grundbegriffe der Eigenthumsveräußerung.

§. 54. (Verschiedene Standpunkte der Betrachtung.) — Nachdem im Bisherigen die Mancipation und die Eigenthumstradition nach ihrer geschichtlichen Entwicklung und ihrem dogmatischen Charakter Gegenstand der Untersuchung gewesen sind, ist es nöthig, noch einmal zu den beiden Rechtsbegriffen „Formalact" und „Materialact", von denen gleich im Anfange dieser Schrift und mehrfach auch in ihrem weiteren Verlauf die Rede war, zurückzukehren. Es bedarf der critischen Prüfung, ob wir hierin berechtigte, für unseren wissenschaftlichen Gebrauch förderliche Ausdrücke und scharf scheidbare Gegensätze vor uns haben. 54

Zu dem Ende ist aber die Frage aufzuwerfen, von welchem Standpunkte aus wir hier die Critik der Begriffe von Eigenthumsveräußerung und Eigenthumserwerb zu unternehmen und so die Berechtigung jener Ausdrücke zu ermitteln haben.

Zunächst ist immer ein gewisser Boden positiver Rechtsgestaltung der unerläßliche Ausgangspunkt, und zwar dieser nicht bloß als ein Product spontanen gesetzgeberischen Beliebens aufgefaßt, sondern als das Ergebniß geschichtlicher Entwicklungsgesetze eines Volkes, wie sie theils im unmittelbaren Volksbewußtsein gewohnheitsrechtlicher Bildungen, theils in den Bestim-

54 mungen des stets in seiner Zeit stehenden Gesetzgebers sich verkörpern. Daß in dieser Weise der geistige Gehalt einer bestimmten positiven Rechtsgestaltung ermittelt werden muß, wer könnte nach den Leistungen der historischen Schule daran zweifeln? — Hier ist es uns nun um eine speciell *Römische* Rechtsgestaltung zu thun, und wir haben es versucht, die Entwicklungsphasen derselben genau darzulegen.

Aber ist dies, um ein Rechtsinstitut des Privatrechts *dogmatisch* zu begreifen, das Einzige, was uns obliegt? Wir haben in der, ihrem ganzen geistigen Gehalt nach dargelegten, positiven Rechtsgestaltung nur Ein Moment der Betrachtung vor uns, den *Rechtswillen*. Allerdings giebt es Rechtsinstitute, die lediglich aus diesem Elemente bestehen, deren wissenschaftliches Verständniß also auch mit der Zergliederung dieses Elementes erledigt ist. Die wichtigeren Institute aber sind anders gebaut. Sie erfordern zu ihrer vollen inneren Erklärung die Gegenüberstellung eines zweiten Moments, des *Individualwillens*. Das Recht ist die objective Ordnung gegenüber der, wohl unter ihm stehenden, aber doch selbständig unter ihm agirenden Privatperson. Gerade die bedeutenderen Rechtsinstitute sind durch das objective Recht festgestellte Machtkreise, deren Inhalt sich aus dem Willen des Individuums ergiebt. Die wissenschaftliche Analyse derselben kann also nur dann erledigt sein, wenn das voluntare Element seinem ganzen Gehalte nach in seiner Stellung zum Rechtswillen dargelegt worden ist.

Wird dieser Standpunkt überhaupt, und speciell in Betreff der Lehre vom Eigenthum und Eigenthumserwerbe heutzutage verkannt? Wohl höchstens noch von Wenigen. Man kann sogar sagen, daß es gegenwärtig die Strömung in unserer Wissenschaft ist, das voluntare Element gegenüber dem positiven Rechtswillen bei der dogmatischen Erklärung unserer Rechtsinstitute zur vollen Geltung zu bringen. Man erkennt deßhalb auch in der

bestimmtesten Weise an, daß wir in dieser Hinsicht durchaus frei 54
sind, bei der Darstellung Römischer Rechtsinstitute mit selbst geschaffenen Kategorieen und Begriffen zu operiren. Am Entschiedensten spricht dies in Betreff des Eigenthumserwerbes Böcking (Pand. II §. 141. S. 55) aus: „unserem heutigen Recht am meisten entsprechend scheint die Eintheilung in s. g. nothwendigen d. h. ohne Rücksicht auf des Erwerbers Willen, und s. g. freiwilligen d. h. durch des Erwerbers Willen, einseitigen oder zugleich entsprechenden eines bisherigen Eigenthümers, also durch Rechtsgeschäfte begründeten Erwerb". Aber auch wer diesen Gedanken nicht so voranstellt und zum entscheidenden Moment für die Anordnung der Eigenthumserwerbarten macht [1]), wird wenigstens in Betreff der Eigenthumstradition meist gern dem Satz beitreten, daß sie im Willen der Parteien ihr erklärendes Moment finde. Diese, wie oben im Einzelnen nachgewiesen wurde, jetzt herrschende Theorie ist nur eine einzelne Erscheinung des Strebens, im (vernünftigen) Willen der Personen den Grund des über ihnen stehenden Rechtswillens zu suchen.

Aber es ist im Obigen auch genauer dargelegt worden, daß dieser Standpunkt für das Verstehen der Eigenthumstradition nicht ausreicht, so wenig wie auch die Mancipation in der Gestalt, wie die Quellen sie uns nachweisen, mit diesem dogmatischen Material begriffen werden kann. Wer bloß Rechtswillen und Individualwillen kennt, für den muß stets durch den Mancipationsact in Folge des sicher constatirten animus transferendi et accipiendi dominii das Eigenthum übergehen, weil das objective Recht den Eigenthumsübergang an diesen solennen Act geknüpft hat; und wenn sich nun findet, daß doch außerdem im Fall des Kaufes Preis-Zahlung oder -Creditirung nöthig war, so wird man das lediglich als eine wunderliche Selbstbeschrän-

1) Auch Böcking befolgt in dem Pandekten-Grundriß (1861 5. Aufl.) S. 72 eine andere Anordnung.

54 kung des Rechtswillens ansehen können. Und ebenso wird der nur mit Rechtswillen und Individualwillen Operirende bei der Eigenthumstradition den Nichtübergang des verkauften Eigenthums, im Fall des vorhandenen a. tr. e. a. d. aber des Nichterfolgtseins einer Preis-Zahlung oder -Creditirung, wiederum für eine Sonderbarkeit oder Ausnahme in der Römischen „Gesetzgebung" erklären müssen.

Es bedarf zur Verständlichmachung des Römischen Rechts in dieser Lehre noch außer dem Rechtswillen (dem juristischen Element im eng. S.) und dem Individualwillen (dem voluntaren Element) der Verwendung eines dritten, des natürlichen Elements. Dies Element, unter dem unklaren Begriff der „Natur der Sache" heutzutage mehr verdunkelt als berücksichtigt, zieht seine Fäden durch das ganze Rechtssystem, aber an einer eigentlichen Zergliederung und wissenschaftlichen Feststellung der verschiedenen in ihm liegenden Bestandtheile fehlt es noch gänzlich. Die innere Selbständigkeit unserer civilistischen Dogmatik wird davon abhängen, daß die Wissenschaft die gewaltige nach dieser Richtung hin vor ihr liegende Arbeit erledigt. Ich habe von diesem natürlichen Element hier nur so weit zu sprechen, als ich seiner zur Prüfung der Begriffe von Formalact und Materialact beim Eigenthumserwerbe bedarf. Es wird dazu aber allerdings nöthig sein, daß ich auf manche Sätze zurückkomme, die ich in meiner Schrift: „Ueber die Natur des Eigenthums" weiter ausgeführt habe.

55 §. 55. (Charakteristik der Eigenthumserwerbarten. Rein natürlicher und rein positivrechtlicher Erwerb.) — Das Recht des Privateigenthums besteht — im Gegensatz namentlich zu vereinzelten communistischen Rechtsgestaltungen — in den Rechtssystemen der meisten Völker. Woraus erklärt sich diese Thatsache? Unmöglich aus einem zufälligen Zusammentreffen der Rechtsüberzeugungen der Völker und Gesetzgeber.

Noch mehr. Wo wir bei den verschiedensten Völkern Privateigen- 55
thum finden, da ist es auch in seinem Inhalt wesentlich gleichartig; ist das selbständige Recht der Privatperson auf die ganze Substanz der Sache und auf die volle Gesammtheit der Herrschaftsbefugnisse. Die Ursache hievon kann nur darin liegen, daß es Entstehungsgründe des Eigenthums giebt, deren Bedingungen allenthalben, auch in den unentwickeltsten Volkszuständen, sich von selbst bilden, und daß diese Gründe jenen Inhalt eines total-substantiellen Privatmachtrechtes ergeben.

Dies ist in der That der Fall. Es giebt drei Gründe des Eigenthums, die sich in der auf Beherrschung der Erde angewiesenen Menschheit unmittelbar durch die reale Thätigkeit der Individuen entwickeln; Gründe, die sich in der Menschheit und in zusammenlebenden Stämmen so hoch hinaufziehen, daß wir vor aller Consolidirung von Gesetz und wirklichem Gewohnheitsrecht sie als bereits durch sittliche Gesammtüberzeugung mehr oder weniger geschützt annehmen müssen, so daß wir das Bestehen eines Eigenthumsverhältnisses schon vor dem wirklichen fixirten Eigenthumsrecht aus der Welt nicht werden wegläugnen können. Diese Gründe sind die Ursache, daß das Privateigenthum zu den primärsten und fundamentalsten Rechtsgestaltungen der Völker gehört, sie enthalten nicht vereinzelt vorkommende Fälle, sondern, wegen des natürlichen sie veranlassenden Bedürfnisses, sich einbürgernde Thätigkeiten, welche der ganzen bürgerlichen Gesellschaft, in der die eine oder die andere vorherrscht, einen eigenen Culturcharakter verleihen. Diese drei Gründe sind:

1. Der ursprünglichste von allen, die unmittelbare Bemeisterung und Unterwerfung des zunächst in naturalis libertas dem Menschen Gegenüberstehenden, also namentlich das Fangen des Wildes, der Fische, und in roheren Culturstufen auch das Gefangennehmen des feindlichen Mitmenschen als Grund der Sklaverei, ferner die von solchem Feinde erbeuteten Sachen.

55 Die Culturstufe, in der dieser Eigenthumserwerb überwiegt, ist die der Jäger-, Fischer- und vom Kriegsraub lebenden Völker. Die unmittelbare Consequenz des Begriffs dieser Erwerbsart ist, daß wenn sich die gefangenen Gegenstände wieder in ihre naturalis libertas zurückziehen, oder die Kriegsbeute wieder in die Gewalt des freien Feindes zurückfällt, das erworbene Eigenthum auf dem Wege, wie es begründet war, umgekehrt von selbst wieder aufhört. An sich kann unter diesen Begriff auch fallen die lediglich durch Einzelansiedlungen erfolgte Urbarmachung des bisher der freien Natur überlassenen Grundes und Bodens, aber da im Lauf der Geschichte die Ansiedlungen überwiegend in größeren staatlich geordneten Völkerzügen und oft durch Krieg erfolgen, so stellt sich bei den meisten Völkern der Erwerb des Privat-Grundeigenthums von vorn herein unter den Begriff staatlicher Eroberung und der Vertheilung vom Gemeinwesen an die Einzelnen.

2. Eine weitere Fortführung und Erweiterung des Eigenthumsgebiets übernimmt die aus einer schon vorhandenen Eigenthumssache erzielte Production anderer Gegenstände, theils auf dem Wege der Fruchterzeugung theils auf dem Wege der Fabrication. Dieser Thätigkeit, als einer in einem Volk überwiegenden, entspricht die Culturstufe der Ackerbau, Viehzucht, Handwerk treibenden Völker.

3. Der dritte Grund ist der Gütertausch. Wie sich derselbe zunächst als unmittelbarer Tauschverkehr und dann zum Kaufverkehr gestaltet, ist oben genauer dargelegt worden. Ihm entspricht die Kulturstufe der handeltreibenden Völker.

Zergliedern wir diese zunächst allbekannten Begriffe civilistisch, so ergiebt sich Folgendes. Sie enthalten an sich nur sociale Organisationen der Individualthätigkeit, aber damit noch keine Rechtssätze. Denn das Wollen und Thun des Aggregates der (und selbst aller) Einzelnen ist damit noch nicht rechtlich fest-

gestellter objectiver Gesammtwille. Nur haben sie eine natürliche 55
Triebkraft, welche sehr leicht dahin führen wird, daß sie auch als juristische Entstehungsgründe des Eigenthums anerkannt werden. Namentlich jenes primäre Sachbemeistern des in naturalis libertas Befindlichen wird, wenigstens in einigen seiner Gestaltungen, in dem Rechte fast keines Volkes fehlen. — Wir haben es hier aber lediglich mit der Römischen Rechtsgestaltung zu thun. Es zeigt sich diese darin ganz eigenthümlich, daß sie den *zweiten* natürlichen Erwerbsgrund zunächst gar nicht kennt. Den *ersten* kennt sie, aber derselbe enthält von vorn herein nicht den Erwerb des Grundeigenthums durch Einzelthätigkeit. Die Römer sind in ihren ersten Anfängen bereits ein Volk auf vorgeschrittenerer Civilisationsstufe, bei der die losen Volkszustände, wie sie für die Gestaltung eines Erwerbsrechtes am Grund und Boden aus der causa der bloßen Privatthätigkeit nothwendig sind, lange überwunden waren. Den Römern ist die Staatsansiedlung und Staatseroberung die Quelle, aus der der Einzelne sein Privatgrundeigenthum durch Zuweisung erhält. Ebenso fassen sie den Erwerb des gefangenen Feindes zu Eigenthum als einen durch den Staat vermittelten. Im Uebrigen halten sie für Beute, Jagd, Fischfang u. dergl. den ursprünglichen Begriff fest; der Einzelne erwirbt das Eigenthum nicht durch Zuweisung vom Staat, sondern durch die vom Recht anerkannte Privatthätigkeit. Den *dritten* natürlichen Erwerbsgrund endlich erkennt das R. R. ebenfalls an, nicht mehr (was einer früheren Periode angehört) als Tausch, sondern als Kauf; und zwar hier auch nur auf der Seite, auf welcher es eine practische Wichtigkeit hat. Der Käufer erwirbt das Eigenthum der ihm übertragenen Sache nur wenn er seinerseits den Preis gezahlt hat. Dieser Satz gilt sowohl für die solenne Uebertragung der Kaufsache durch Mancipation wie für die formlose durch Tradition.

Wie stehen nun dem gegenüber die anderen Eigenthums-

55 erwerbsgründe? Das R. R. enthält eine größere Zahl von Fällen (und in den verschiedensten Rechtssystemen kommen solche vor), welche unter folgenden Gesichtspunkt zusammen zu fassen sind. Die Zuweisung des Eigenthums durch richterliche Adjudication, die Fälle eines Eigenthumsüberganges zur Strafe (Verlust des Zolldefraudanten, des sein Grundstück unbebaut Lassenden, des nicht reparirenden Hausmiteigenthümers, des coniux binubus), die Fälle eines Eigenthumsüberganges zur Begünstigung gewisser Verhältnisse (ius dominii impetrandum, missio ex sec. decreto beim damnum infectum, Erwerb vom fiscus non dominus), der Erwerb durch Erbschaftsantretung und Legat, und endlich die Ersitzung, — alles dies sind Fälle, in denen sicher der Eigenthumsbegriff sich nicht gebildet haben kann. Sie setzen sämmtlich das Eigenthum als schon bestehendes voraus, und enthalten auf Grundlage gewisser factischer Voraussetzungen Bestimmungen, wie sie das positive Recht je nach verschiedenen practischen Bedürfnissen zum genaueren Ausbau des Eigenthumsinstituts allmälig aneinander reiht. Es sind Ordnungen, in denen *im Rechtswillen* der eigentliche Grund des Eigenthumsüberganges liegt. Wir können sie rein positivrechtliche nennen. Zu ihnen *kann* auch gehören jene schon besprochene Zuweisung des Grundeigenthums durch den Staat.

Diese positivrechtlichen Erwerbsfälle sind von den vorher besprochenen drei Punkten innerlich verschieden. Bei letzteren haben wir Fälle vor uns, denen zur factischen Grundlage die nach natürlich-öconomischen Bedürfnissen sich allenthalben in der Welt von selbst ordnende menschliche Privatthätigkeit dient. Dieser Gestaltungen sind überhaupt denkbarer Weise nur jene drei, die erste Unterwerfung aus der natürlichen Freiheit, die Sachproduction, und der Güteraustausch. Sie sind schon in sich selbst natürlich *organisirt*, das Recht schafft sie nicht, aber es versteht sich von selbst, daß sie als Entstehungsgründe des Eigenthums-

rechts nur soweit gelten, als das positive Recht der einzelnen 55
Völker sie anerkennt. Wegen der ihnen inwohnenden Naturgewalt wird es indeß kein positives Recht (das überhaupt wahres Privateigenthum kennt) geben, wo sie ganz fehlen; sie sind iuris gentium. Wir können sie die rein natürlichen Fälle des Eigenthumserwerbs nennen.

§. 56. (*Die formalen Eigenthumserwerbsacte*). 56
— Mit diesen bisher geschilderten beiden Klassen ist aber die Summe der Eigenthumserwerbsfälle nicht erschöpft. Es giebt noch eine dritte Klasse. Ich spreche auch hier vorzugsweise von den Gestaltungen, die das Römische Recht in dieser Hinsicht darbietet, obgleich die Klasse als eine dogmatisch-begriffliche sich ebenso auch für das Recht anderer Völker als nothwendig erweist.

Um diese Klasse zu erklären, muß dasjenige, was in den rein natürlichen Fällen das Eigenthümliche und sich von der dritten Klasse Scheidende ist, erst noch genauer hervorgehoben werden.

I. Bei den drei natürlichen Erwerbsfällen ist das Gemeinsame das, daß sie eine *der Sache gegenüber* vorgenommene Privatthätigkeit enthalten. Die äußere Erscheinung ist bei allen gleichmäßig die, daß die erwerbende Privatperson die Sache in Besitz nimmt. Soll durch Privatact ein natürliches Verhältniß zur Sache überhaupt begründet werden, so muß die Privatperson die Herrschaft über die Sache reell begonnen haben. Hier bei diesen natürlichen Erwerbsgründen ist die Besitzergreifung in Wahrheit die nothwendige *Verkörperung* des Actes, und wenn das objective Recht solchen Fall überhaupt *als natürlichen* im Rechtsgebiet anerkennt, so versteht es sich, daß es ihn in allen seinen factischen Bestandtheilen, also auch dem formalen äußeren, festhalten muß.

Aber der Erwerb aus der natürlichen Freiheit, die Sach-

56 production, der Gütereintausch gegen Geld besteht nicht bloß aus dem äußeren formalen Moment, der Besitzergreifung. Besitzergreifung würde an sich nur den Besitz nicht das Eigenthum motiviren. Alle drei Fälle umfassen auch ein eigenes inneres Moment, eine materielle causa. Beim Erwerb aus der Naturfreiheit bändigt und unterwirft sich der Mensch in einem Kampf der Gewalt, der List, der Geschicklichkeit eine ihm zunächst selbständig gegenüberstehende Naturkraft. Da die Besitzergreifung auf dieser materiellen causa des Kampfes und der Besiegung ruht, so ist die nothwendige schon vorher hervorgehobene Consequenz, die auch die Römer immer ganz richtig erkannt haben, daß, wo die denkbarer Weise nicht vernichtete, sondern nur gebändigte Naturkraft sich wieder in den Zustand der natürlichen Freiheit zurückzuversetzen vermag, also wo die materielle causa des Erwerbs wegfällt, auch das Eigenthum (ohne weiteren Act der Dereliction) aufhört. An sich ist dieses Erwerbsprincip auch nur da vorhanden, wo eine wirkliche naturalis libertas zu besiegen gewesen ist, wo man also in Wirklichkeit sagen kann „ich habe die Sache, weil ich sie aus dem Zustande der natürlichen Selbständigkeit heraus überwunden habe". Aber es ist sehr erklärlich, daß das positive Recht, wenn es dieses Princip juristisch anerkennt, auch mancherlei kleine Nebenfälle (Finden eines todten Fisches, Hirsches, einer Muschel am Seestrande, einer verlorenen Feindessache u. s. w.) ihm gleichstellt, die ganz außerhalb des Princips liegen.

Bei dem Erwerbe durch Production, — also dem Falle, den nicht das frühere Römische Recht, wohl aber das Deutsche Recht anerkennt, — ist die materielle causa des Eigenthumserwerbes das facere oder Herstellen der neuen Sache. Beim Fruchterwerbe hat man demgemäß die Frucht auf dem Grunde des Cultivirthabens der fruchterzeugenden Sache, bei der Fabri-

cation hat man das neue Verkehrsobject (nova species) auf dem 58
Grunde des Verfertigthabens (facere).

Endlich beim Kauferwerbe nimmt man die Sache vom bisherigen überweisenden Eigenthümer in Besitz, auf dem Grunde, daß man sein eigenes Geld dagegen giebt, und also dem Geber die durch Weggeben der Sache entstehende Vermögenslücke objectiv ausgleicht. Also die materielle causa ist hier die reelle Gegenleistung.

Alle drei Punkte kann man danach so zusammenfassen. Sie sind Besitzergreifungen gestützt auf eine der drei naturgemäß gegebenen materiellen causae. Wo das positive Recht sie zuläßt, da ist die Sachlage die, daß das Individuum sagen darf: „ich habe die Sache als eine eigene, weil ich sie mir *erarbeitet, verdient* habe durch meine die Naturkraft überwindende Thätigkeit, durch meine Sachherstellung, durch meine Geldgegenleistung. Nimmt man bei diesen durch natürliche materielle causa motivirten Besitzergreifungsacten der Privatperson die materielle causa weg, so liegt etwas ganz Anderes vor, dessen juristische Bedeutung eben erst zu prüfen sein wird, das aber jedenfalls nicht mehr unter die rein natürlichen Erwerbsacte gehört. Wir können die auf natürlich materieller causa ruhenden Eigenthumserwerbsacte am Passendsten *Materialacte* nennen.

II. Diesen Materialacten steht gegenüber die Reihe von Erwerbsfällen, die ich vorher als dritte Klasse ankündigte.

1. Zunächst steht neben dem ersten natürlichen Grunde, dem Unterwerfen des natürlich Freien, etwas äußerlich Aehnliches, das Finden herrenlos gewordener Sachen (unter welchen Gesichtspunkt nach R. R. auch der Erwerb des Schatzes, soweit er dem Finder zufällt, gehört). Es wird dieser Fall, ebenso wie das Unterwerfen des natürlich Freien, in den Quellen allerdings mit dem Worte occupare bezeichnet, aber das beweist gar nichts für sein inneres Wesen, denn dieser Ausdruck wird noch

56 weiter gehend, ganz über die Eigenthumserwerbsfrage hinaus, auch für bloße Begründungen des Besitzverhältnisses gebraucht. Innerlich scheiden ihn die Römischen Quellen in der deutlichsten Weise von jenem natürlichen Eigenthumserwerbsgrunde (der Eigenthumsoccupation im engeren Sinn). Er liegt an sich ebenso nahe dem Fall des durch Erblosigkeit herrenlos gewordenen Guts, und es wäre daher der rein positivrechtliche Eigenthumserwerb des Anfalls an den Staat ganz ebenso passend. Indem die Römer dies nicht angenommen haben, sondern die derelinquirte Sache dem Finder zuweisen, haben sie den Finder doch nie dem auf natürlichem Grunde stehenden Eigenthumsoccupanten im engeren Sinn innerlich gleichgestellt, ja auch überhaupt gleichstellen können, und es ist eine völlige Verwirrung der Neueren, wenn diese für beide Punkte ein gemeinsames Princip herausbringen zu können vermeinen. Das römischrechtliche Finden des Derelinquirten gehört einem ganz anderen dogmatischen Begriff an. Es ist das bloße, *von sich aus* unbegründete, realisirte Wollen. Der Finder nimmt nicht die Sache, indem er in seinem eigenen Handeln einen materiellen Grund seines Nehmens hat, er nimmt nicht die Sache als eine selbstverdiente selbsterarbeitete, sondern er nimmt sie als eine durch den Zufall des Derelinquirens ihm von Außen entgegengetragene, lediglich weil ihm der Rechtssatz das Nehmen solcher Sachen erlaubt. Der Fall steht also innerlich gleich jenen bereits bei der Eigenthumsoccupation im engeren Sinn hervorgehobenen Fällen, die auch schon außerhalb des natürlichen Princips liegen (Finden eines todten Fisches u. dergl.), und offenbar sind die Römer durch die sich hier bildende *äußere* Stufenfolge dazu veranlaßt worden, in allen diesen drei Fällen (Unterwerfung des natürlich Freien, Finden des natürlich frei Gewesenen, Finden des herrenlos Gewordenen) dem Besitzergreifenden das Eigenthum zuzuweisen. Aber die naturalis ratio ändert sich damit nicht, und diese positivrechtlichen Fälle

des Findens der natürlich-frei gewesenen und der herrenlos ge- 56
wordenen Sachen haben von vorn herein einen juristisch anderen Charakter. Sie bestehen nur aus *zwei* Elementen, dem Rechtssatz, der diese nicht selbstfreien, sondern bloß herrenlosen Gegenstände dem Finder frei giebt, und dem realisirten Wollen des Individuums; während die Occupation im engeren Sinn die *drei* Elemente, das juristische (den Rechtssatz) das voluntare (das Besitzergreifen mit Eigenthumswillen) und das naturale (die materielle causa der Besitzergreifung) in sich faßt. Es ist aber wieder ein Beweis für die harmonische Bauweise des R. R., daß es dem practischen Resultate nach beide Fälle, das Unterwerfen des natürlich Freien und das Finden, sich gleichstellt. Es gehen hier nämlich die einzelnen Gestaltungen des Lebens in so feinen Rüancirungen in einander über, daß eine *juristische* Gränze, wo das naturale Element aufhört, schwer zu ziehen sein würde. Es ist gerade natürlichen Principien sehr häufig eigen, daß, so entschieden sie wirken und Bedeutung haben, ihnen der äußerlich scharfe Abschnitt fehlt. So entschieden die Jagd, die Fischerei, die Kriegsbeute deßhalb sich durch die ganze Welt hindurch als Gründe des Eigenthumsrechts feststellen, weil dieser Erwerb sorgfältige Vorbereitungen, Geschicklichkeit, persönliche Kraftanstrengung, kurz Erarbeitung und Verdienen der Sache, fordert[1]), so wenig ist doch diese materielle causa gleichmäßig auf alle Fälle vertheilt, und in allen concreten Fällen äußerlich in derselben Weise hervortretend. Die Aufgabe der Rechtssatzung dagegen ist, scharfe

1) Vgl auch Plaut. Rud. 4. 3. v. 76: omitte vidulum. Gr. Nunquam hercle hinc hodie ramenta fies fortunatior. Tr. Non probare pernegando mihi potes, nisi pars datur, aut ad arbitrum reditur, aut sequestro ponitur. Gr. Quemne ego excepi in mari? Tr. at ego inspectavi e littore. Gr. *Mea opera, labore et rete et horia.* cet. — In manchen indianischen Sprachen sind die Worte Jäger und Jagen identisch mit Arbeiter und Arbeiten. Ein guter Jäger ist ein tüchtiger fleißiger Arbeitsmann. Kohl Kitschi-Gami (1859) S. 285.

56 Gränzen zu ziehen und deßhalb auch oft ganz über das natürliche Princip hinauszugehen. Danach ist das Römische Rechtsinstitut der Eigenthums-Occupation gebildet. Es umfaßt die Fälle, wo das Bekämpfen und Ueberwinden der Naturkraft rein und voll hervortritt (und diese bleiben immer darin eigenartig, daß wenn die Naturkraft unter dem jetzigen dominus factisch noch fortdauert, damit die Möglichkeit des Zurückkehrens in die naturalis libertas also des Aufhörens des Eigenthums gegeben ist), es enthält aber auch, indem es das gesammte Finden in sich aufgenommen hat, die Fälle des Sacherwerbens ohne alles Sachverdienen, es umgeht deshalb alle practischen Schwierigkeiten des Ziehens einer Gränze für die gemischten Fälle. Bekanntlich verliert ein Princip darum seine Bedeutung nicht, weil sich von den Fällen, in denen es rein hervortritt, eine Kette immer etwas veränderter Fälle bis zu denen herüberziehen läßt, die der gerade Gegensatz des Princips sind. Also das Vorhandensein der gemischten Fälle ist kein Gegengrund gegen das Princip, aber es ist ein Grund dafür, daß das Rechtsinstitut, welches jenes Princip zu seinem Mittelpunkte nimmt, ganz über dasselbe hinausgehend seinen Umfang weiter ausdehnt, bis dahin wo es eine scharfe practische Gränze findet. Ganz ebenso wenig ist daher das Vorhandensein der gemischten Fälle auch ein Hinderniß, daß man nicht die dem Occupationsprincip völlig fremden Fälle des reinen Findens genau civilistisch nach ihren Bestandtheilen formuliren könnte. Der Rechtssatz sagt hier: Du darfst derelinquirte Sachen [2]) Dir zu Eigenthum nehmen, und

2) Derelinquirte Sachen sind nicht selbstfrei, d. h. in Folge einer eigenen sie bewegenden Kraft außerhalb des menschlichen Rechtsgebiets stehende Gegenstände, wie das was terra mari coelo frei sich bewegt, und der ungefangene Feind mit seinen Sachen, — sondern sie liegen objectiv schon im (diesseitigen) Rechtsgebiet und haben nur (wie auch die erblosen Güter) subjectiv den Herrn verloren.

die Person nimmt sie danach mit dem animus accipiendi do- 56
minii. Also dieser realisirte Wille der Privatperson ist dabei ein nur von Außen durch den Rechtssatz begründeter, er ist ohne innere Selbstbegründung d. h. ohne alle von ihm unzertrennliche materielle causa. Wir können ihn den formalen Willen nennen. Man muß nur nicht glauben, lediglich der materiell begründete Wille sei der vernunftgemäße, der formale dagegen ein unvernünftiger (die Willkür). Auch der formale Wille ist als ein vernünftiger zu denken. Es ist im höchsten Grade eine Forderung der natürlichen Aequität, wie sie ein feiner organisirtes Rechtssystem durchziehen soll [3]), daß Letzteres dem ganz abstracten, causalosen (formalen) Willen, soweit andere Personen dadurch nicht verletzt werden, möglichst Freiheit lasse. Also die naturalis aequitas bringt es mit sich, daß die herrenlos gewordene Sache Jeder an sich nehmen könne, weil Niemand dadurch verletzt wird; der Rechtssatz, der dies sanctionirt, ist mithin ein Aequitätsrechtssatz.

Civilistisch analysirt stellt sich also die Römische Occupationslehre im weiteren Sinn folgendermaßen: die Occupation im engeren Sinn stützt sich auf naturalis ratio, die zu ihr gehörigen Acte sind Materialacte; das Finden der derelinquirten Sachen stützt sich auf naturalis aequitas, solche Acte sind Formalacte. Zwischen Beiden sind unmerkliche Uebergänge, weßhalb ein gutes Rechtssystem beide zu einem vereinigten Institute des Eigenthumserwerbs durch Occupation im weiteren Sinn zusammen zu fügen hat.

§. 57. (Fortsetzung). — 2. Dasselbe, was wir bei 57
dem ersten natürlichen Erwerbsgrunde finden, wiederholt sich

3) Es fehlt freilich viel daran, daß die unser Rechtssystem durchziehende Aequität (mit den großen, wieder in ihr liegenden und weit auseinandergehenden Principien) durch die Rechtsinstitute hindurch heutzutage bereits wissenschaftliche Feststellung erlangt hätte. Vgl. z. B. Arndts P. 5. Aufl. § 217 N. 6.

57 bei dem dritten. a. Es stellt sich dem Materialacte, wie er durch die natürliche Organisation des Güterverkehrs gegeben ist, eine andere Art von Eigenthumserwerb gegenüber, die den Charakter des formalen Rechtsactes an sich trägt. α. Das zunächst natürlich Gegebene ist der Gütertausch, und sein Charakter liegt darin, daß ich das auf diese Weise Erworbene mir durch meine Leistung des Aequivalents verdient habe. Also dieser Rechtsact zerlegt sich in die drei Momente: das juristische (Zulassung dieses Erwerbes durch das Recht), das voluntare (das reale Sachergreifen mit animus accipiendi dominii, correspondirend dem animo transferendi dominii vorgenommenen Sachleisten von Seiten des bisherigen Eigenthümers) und das natürliche, daß in der Person des Erwerbers der Erwerb auf innerer Selbstbegründung (materieller causa) ruht, also ein Erwerb ex re des Gegengeleistethabens ist. Es ist ein materiell verdientes Eigenthum, welches man erwirbt.

β. Dem steht entgegen der Eigenthumserwerb, welcher in einer großen Zahl von Einzelgestaltungen (Schenkung, Geben zum Darlehn, zur Dos, aus einer falschen causa u. s. w.) immer unter den Gesichtspunkt des Formalacts fällt. Der Sacherwerb kann dabei die verschiedensten Motive haben (causae im weiteren Sinn), aber sie sind nicht innerlich verwachsene, sie sind von Außen herzutretende. Wer Geschenktes, Geliehenes u. s. w. erwirbt, hat den Gegenstand nicht durch sein im Erwerbsacte liegendes Handeln verdient. Die causae, die die Sachübertragung veranlaßt haben, liegen ferner, sind äußerliche Gründe Berechnungen und Motive sehr verschiedener Art. Also das wirklich Entscheidende ist lediglich der thatsächlich vorhandene animus transferendi und accipiendi dominii. Nun aber liegt es in jenem schon besprochenen Princip der natürlichen Aequität, daß, wenn kein Anderer dadurch verletzt wird, der formale Wille vom positiven Rechte anerkannt werde; ein gut gestaltetes

positives Recht wird danach auf Grund des formalen Willens 57
den Eigenthumsübergang zulassen [1]). Aber dann gehört es auch zu einem wirklich richtig geformten (d. h. dem Charakter der factischen Voraussetzungen entsprechenden) positiven Rechte, daß, wie die Römer dies ganz deutlich erkannt haben, die causa hier als eine dem Willensacte fernerstehende draußenliegende, auch *juristisch* nicht weiter mit dem animus transferendi und accipiendi dominii in essentielle Verbindung gebracht werde.

So also scheiden sich der Materialact des Eigenthumserwerbes gegen ein geleistetes Aequivalent, und der Formalact des Sacherwerbens lediglich auf Grundlage des Willens des Eigenthumsüberganges in der Weise, daß jener auf naturalis ratio, dieser auf naturalis aequitas ruht. Daraus erklärt sich der Gegensatz, daß bei jenem das wirkliche reelle Leisten *principielles* Moment des Uebertragungsactes ist, indem die materielle causa grade darin besteht, daß das wirkliche Leisten im wirklichen Gegenleisten sein Aequivalent finde. Also hier ist die Besitzergreifung der Sache mit animus transferendi und accipiendi dominii erst die Verkörperung der materiellen causa. Das Recht mithin, das diese materielle causa als solche sanctionirt, kann nicht zugleich ja und nein sagen; es muß daher insbesondere beim Kauf zulassen, daß die reell *übergebene* Sache (tradirt oder mancipirt — auch die Mancipation ruhte, wie oben gezeigt ist, auf der factischen Unterlage der Sachbesitzergreifung) erst in Folge der reellen Preisleistung ins Eigenthum gelangt. Dagegen soweit das Recht einen Formalact der Uebertragung annimmt, ist der Grund, auf den sich das Recht dabei stützt, lediglich das Aequitätsprincip des Waltenlassens des formalen Individualwillens. Diesen Willen kann man sich lediglich als ei-

1) Nihil enim tam conveniens est naturali aequitati, quam voluntatem domini volentis rem suam in alium transferre *ratam haberi*. Vgl. §. 42 Text zu Note 3.

57 nen noch nicht in Betreff der Sache realisirten, sondern nur erklärten denken, und dessen Anerkennung enthält doch immer eine und dieselbe Aequität. So erklärt es sich als einfache principielle Consequenz, daß wir beim richtig gestalteten Materialact die Sachleistung naturali ratione als wesentlich fordern müssen, dagegen beim Formalacte naturali aequitate nicht als principiell geboten (sondern nur etwa durch anderweite Rücksichten des positiven Rechtes empfehlenswerth) ansehen dürfen (vgl. §. 40 bei Note 6).

b. Die positiven Gestaltungen, in denen bei den Römern die Eigenthumsübertragung als Formalact auftritt, stellen sich nun gegenüber diesen natürlichen Principien folgendermaßen.

α. Das positive Recht eines Volks kann sich in Betreff der Eigenthumsübertragung von vorn herein und allgemein auf den natürlichen Aequitätsstandpunkt (s. vorher *α. β*) stellen. Also die Eigenthumsübertragung wird zu einem Rechtsacte gemacht, in welchem der Erwerber seinen Erwerb lediglich auf den Willen des bisherigen Eigenthümers baut. Auch das ganze Gebiet des Gütertausches wird dann dem subsumirt, so daß die Gegenleistung juristisch gleichgültig wird, also das Erworbene nicht als ex re der eigenen Vermögensübertragung verdient erscheint. Solcher Art, — wir können sie den reinen Formalact nennen, — ist die Römische in iure cessio und die deutsche vestitio. Gerade weil bei solcher Rechtsgestaltung Alles lediglich auf den animus transferendi et accipiendi dominii oder auf die aequitas der voluntas domini volentis rem suam in alium transferre gestellt wird, so liegt es sehr nahe, daß auf die genaue Constatirung dieses animus ganz besonderes Gewicht gelegt wird, und so pflegt sich hier eine bestimmte Solennität als das ein für allemal feststehende Criterium desselben zu entwickeln. Somit bekommen wir den Begriff des solennen Formalacts. Solche Acte sind gerade, wie oben bereits darauf hin-

gewiesen wurde, schon in ganz alten Verkehrszuständen dem Rechts- 57
bedürfniß des Volks gemäß, ihre Solennitäten sind dann selten willkürlich ersonnen, sondern mit anderen geschichtlich gegebenen Rechtseinrichtungen innig verbunden. Auch dies finden wir durch die in iure cessio und die deutsche vestitio bestätigt.

Bei der in iure cessio, weil sie von vorn herein nur Formalact sein will, besteht also in aller Weise die Trennung von der causa. Es ist keine Sachübergabe nöthig, es bedarf keiner Gegenleistung, also auch wenn etwa ein Kauf unter den Parteien vorlag, so ist durch die bestimmte Solennität constatirt, daß dieser juristisch für die Eigenthumsübertragungsfrage gar nicht in Betracht kommt.

β. Mehr als das eben Gesagte darf man in das Solennitätselement bei den reinen Formalacten nicht legen wollen; es wird meist letzterer ein solenner sein. Denkbar bleibt dabei immer (was aber ganz besondere Voraussetzungen haben wird), daß auch der nichtsolenne Veräußerungsvertrag in dem Rechte eines Volks als reiner Formalact hingestellt wird.

Denkbar bleibt es auch andererseits, daß ein Veräußerungsact aus ganz anderen Gründen, als zum Zweck der Constatirung jenes formalen Willens, Solennitäten annimmt. Also die Solennität ist wiederum kein sicheres Kennzeichen, daß wir einen reinen Formalact vor uns hätten. Gerade dies muß man stets besonders im Auge haben, wenn man die Mancipation gegenüber der formlosen Eigenthumstradition dogmatisch verstehen will. Fassen wir jetzt das Resultat der bisherigen Untersuchungen nach den eben besprochenen principiellen Gesichtspunkten kurz zusammen.

Mancipation wie Eigenthumstradition sind nicht reine Formalacte wie die in iure cessio, vielmehr sind sie die Producte des unter a angegebenen principiellen Gegensatzes von naturalis ratio für den Gütertausch und der naturalis aequitas für die sonstige

57 Sachveräußerung. Also wir haben hier aus den Elementen des Materialacts und des Formalacts gemischte Rechtsinstitute vor uns. Und ferner ist auch in ihnen jener principielle Gegensatz, obgleich der Erklärungsgrund des Ganzen, doch in Folge der allmäligen geschichtlichen Fortbildung und aus Gesichtspunkten practischer Zweckmäßigkeit hie und da verlassen worden.

Die Mancipation, die civilrechtliche Perfection des Kaufs, muß ursprünglich gewiß als voller und reiner (und zwar solenner) Materialact gefaßt werden, also sie setzte zum Eigenthumsübergange auch factische Besitzergreifung und reelle Preisleistung voraus. Dann griff durch die 12 Tafel-Bestimmung, daß auch satisfactio der Preisleistung gleichstehen solle, schon durchlöchernd die Aequität ein. Wann es sich festgestellt hat, daß die Sachergreifung, von der das Ganze den Namen hat, nicht mehr wahres capere, sondern nur Sachberühren war, wissen wir nicht, aber seit dies anerkannt wurde, war auch die Sachübergabe von der Mancipation völlig gelöst. Als man dann schließlich die mancipatio auf Grundlage von venditiones nummo uno zuließ, war dies nur noch simulirter Materialact, in Wahrheit aber durchaus Formalact.

Die Eigenthumstradition ist nicht aus denselben Gründen ein gemischtes Rechtsinstitut wie die Mancipation. Letztere ist es geworden, weil der an sich ganz feststehende solenne Materialact eine eigenthümliche historische Fortbildung erlitten hat. Umgekehrt die Tradition ist der Gegensatz der festgestellten Solennität, die reine Formlosigkeit, also eben deßhalb das Gebiet, auf dem der natürlich gegebene principielle Gegensatz (Nr. a) in seiner practischen Entfaltung gar kein Hinderniß fand. Wie sich auf diesem offenen Terrain die einzelnen Sätze historisch festgestellt haben, ist nicht mehr genau zu ermitteln, aber das gewordene Endresultat doch mit voller Sicherheit zu constatiren

Die Tradition ex causa venditionis ist stets Materialact geblie- 57
ben, nur (ebenso wie bei der Mancipation) mit der Abschwächung, daß der Preis-Zahlung die - Creditirung gleichgestellt worden ist. Die Tradition aus den übrigen causae ist Formalact, aber sie hängt in ihrer practischen Verwendung in soweit von der causa ab, daß man diese ermitteln muß um sicher zu constatiren, daß keine venditionis causa vorliege. Ferner muß bei ihr, — da es an einer positivrechtlichen Solennität fehlt, die, wie bei der in iure cessio, den rechtlich genügenden animus tr. e. a. d. ein für allemal constatirt, — noch in soweit auf die causae traditionis eingegangen werden, als zur Feststellung der „factischen Möglichkeit" des Eigenthumsübertragungswillens nöthig ist. Diese Stellung der Eigenthumstradition als Formalact hat nun aber das Römische Recht auch in Fällen angenommen, wo an sich nach der naturalis ratio auch die juristische Gestaltung als Materialact principiell gegeben wäre, nämlich bei der emtionis und permutationis causa. Ueberhaupt aber haben die Römer, — was als practisch zweckmäßig, dagegen nicht als principiell gefordert erscheint, — die äußere Gleichheit zwischen der venditionis causa und den übrigen causae stets darin festgehalten, daß zum Eigenthumsübergange die reelle Sachübergabe erfolgt sein muß [2]).

2) Wie — gegenüber der hier gegebenen dogmatischen Analyse der in iure cessio einerseits und der Mancipation wie Tradition andererseits — die Römischen Eigenthums-Ueberweisungen vom Staate an den Einzelnen, insbesondere die Aeckerassignationen und die sub corona venditio der Kriegsgefangenen zu charakterisiren seien, darauf kann ich an diesem Ort nicht eingehen. — In den Sachüberweisungen vom Staat an den Einzelnen, so wie sie sich geschichtlich in verschiedenen Völkern gestaltet haben, kann a) bloßer Souverainetätsact der Staatsgewalt liegen, so daß der Staat juristisch Privateigenthum an der Sache noch gar nicht hatte, also letzteres erst beim Individuum entsteht. Dann ist es eine rein positivrechtliche Erwerbart (s. oben §. 55). b) Es kann der Staat schon als Privateigenthümer gelten, und durch

58 §. 58. (Anfang und Inhalt des Eigenthums.) — Das Privateigenthum ist iuris gentium. Woher kommt es, daß es, in allgemeinerer Weise durch die Menschheit sich verbreitend, als ein Rechtsinstitut uns entgegentritt, dessen Gründe über die Gränzen rein nationaler Rechtsgestaltung hinausreichen? Es müssen Gründe sein, die einen doppelten Charakter an sich tragen. In den einzelnen Völkern zu Rechtssätzen fixirt müssen sie dem Individuum die Eigenthumsbefugniß gewähren, und gleichzeitig müssen sie es verständlich machen, wie sich aus ihnen das Eigenthumsinstitut in den verschiedensten Völkern entwickeln konnte. Nothwendig müssen hier die Gründe des objectiven Instituts zugleich auch als subjective Erwerbsgründe in dem festgestellten Rechtsinstitut der einzelnen Völker fortleben[1]).

Eine erschöpfende Darlegung des Wesens des Eigenthums ist nur auf dem Wege der vergleichenden Rechtswissenschaft zu erreichen. Es hat sich, abgesehen von den im Anfange des §. 55 angedeuteten Rechtsgestaltungen nach der communistischen Seite hin, in vielen Völkern der Grundgedanke fixirt, daß alle Sachen zunächst dem Staate oder dem Könige oder Gott gehören, von denen der Einzelne seine mehr oder weniger precäre und auch oft nur zeitweise Herrschaft ableitet. Hier ist dann eine Anerkennung des Privateigenthumsrechtes entwe-

---

bloßen animus tr. e. a. d. in verschieden denkbarer Form dies Eigenthum veräußern. Dann liegt ein reiner Formalact wie die in iure cessio vor. c) Es können auch geradezu die gewöhnlichen Rechtsgrundsätze der als Materialact gefaßten Verkaufsveräußerung angewendet werden.

1) Also die Gründe müssen natürliche sein, die auch schon vor allem eigentlich fixirten Gesetz und Gewohnheitsrecht unter der Herrschaft bloß sittlicher Ueberzeugungen ein dem späteren Eigenthumsrechte inhaltlich gleichartiges Eigenthumsverhältniß hervorgerufen haben. Ich glaube, daß in der Ausführung des Textes zugleich der Nachweis liegt, daß das von Böcking Pand. Grundriß (1861) S. 70 gegen meine Ansicht Bemerkte mich in der That nicht trifft.

der gar nicht oder nur in beschränkter Weise möglich gewesen. 58
Bei den meisten Völkern dagegen hat sich das wirkliche Privateigenthum entwickelt d. h. die durch die Rechtsordnung anerkannte total-substantielle Privatmacht der Person über die körperliche Sache, und zu diesen Völkern gehören auch insbesondere die Völker der Römischen und deutschen Nationalität. Indem wir hier für unsere Untersuchung nicht den Standpunkt der comparativen Jurisprudenz einnehmen, sondern das Privateigenthum speciell vom Römischen Rechtsgebiete aus prüfen, können wir doch auch auf diesem Wege zum richtigen Ziele gelangen. Wir haben aus der Gesammtheit der Römischen Eigenthumserwerbarten diejenigen auszusichten, die nothwendig nur dem nationalrömischen Boden entsprossen sein können und eine Existenz des Eigenthumsrechtsbegriffs immer schon voraussetzen. Es wird ein Rest übrigbleiben, der mit den im §. 55 zusammengestellten allgemein denkbaren Entstehungsgründen des Privateigenthums zusammentrifft. Hier haben wir dann den natürlichen Kern des Eigenthumsrechtes in seiner speciell Römischen Verwendung.

Zu den auszusichtenden Erwerbarten gehören nun jedenfalls sämmtliche eben zusammengestellte Formalacte. Sie setzen immer bereits das Eigenthum bei einem Vorgänger voraus, also bei ihnen und ihrer Entstehung ist das Eigenthum immer schon als vorhanden anzunehmen. Ebenso steht es, wie ich bereits im §. 55 bemerkte, zweifellos mit den vielen einzelnen Fällen, die ich als die rein positivrechtlichen Erwerbacten bezeichnete; nur daß in Betreff der Zweifellosigkeit ein Punkt ausgenommen werden muß.

Die Zuweisung des Eigenthums durch den Staat, die in der Geschichte der Völker eine so vielgestaltige und so bedeutende Rolle spielt, kann unter den dogmatischen Gesichtspunkt eines rein positivrechtlichen Eigenthumserwerbes fallen (§. 57 Note 2 Nr. a). Man hat gerade ihn herausgegriffen und in ihm überhaupt den Grund des Eigenthumsrechtes finden wollen.

58 Aber einen Beweis, daß wirklich die Sache so vor sich gegangen sei und allenthalben (insbesondere auch für die beweglichen Sachen) zuerst eine staatliche Gütervertheilung stattgefunden habe, hat man nie geliefert und wird ihn auch nie liefern können. Innerlich glaublich ist diese Hypothese ebenfalls nicht, denn dann bliebe immer unerklärt, wie das Privateigenthum auch inhaltlich allenthalben so gleichartig als ius gentium sich habe gestalten können, und zwar auch in Entstehungsformen die, wie z. B. die Erbeutung des Wildes u. s. w. geradezu in innerem Gegensatz zu der Staatszutheilung stehen.

Die Eigenthumszutheilung durch den Staat ist, eine so große geschichtliche Bedeutung ihr in der Entwicklung des Eigenthumsrechts mancher Völker zufällt, zum Erklärungsgrunde des Ganzen ungeeignet. Als solch wirklich ausreichender Erklärungsgrund findet sich nur Ein Punkt, der *Materialact* in dem oben erläuterten Umfang. Wenn er auch naturgemäß in die drei Gestaltungen, die Sachbemächtigung aus der naturalis libertas, die Sachproduction und den Gütertausch zerfällt, so ist er innerlich doch immer ein einziger Begriff. Er enthält die Sachergreifung mit animus accipiendi (resp. transferendi beim Gütertausch) dominii auf Grundlage einer für den Ergreifenden in seiner eigenen Thätigkeit liegenden materiellen Motivirung, einer causa, die wir als das *Erarbeitethaben*, das Verdienthaben der Sache bezeichnen können. Bei der Occupation i. e. S. erscheint der den Gegenstand aus der naturalis libertas Erringende für dieses Rechtsgebiet als der Schöpfer dieses Dinges als Rechtsobjects (quae *terra mari coeloque* vel *ex hostibus capimus*), bei der Sachproduction wird auch factisch ein neuer Gegenstand gemacht (quae ipsi, ut in rerum natura essent, *fecimus*), bei dem Gütertausch erringt man sich die Sache für materielle Hingabe schon vorhandenen Eigenthums. Hiemit haben wir einen wirklichen Erklärungsgrund für die Entste-

hung des Eigenthums. Es liegt im Inhalt dieser materiellen causa, daß das Subject danach die Sache materiell ihrer ganzen Substanz nach errungen hat, und danach ist also die Consequenz, daß wo diese materielle causa ihrem vollen factischen Gehalte nach im Rechtsgebiet zur Anerkennung kommt, das absolute substantiell-totale Herrschaftsrecht des Subjects das Product sein muß. Es ist ferner damit erklärt, daß weil jene materielle causa als das unmittelbare Ergebniß der natürlichsten Bedürfnisse des Individuums dasteht, wir bei den verschiedensten außerhalb alles historischen Contacts stehenden Völkern, demselben gleichartigen Privateigenthum begegnen. 58

Ohne diese materielle causa bliebe das Privateigenthum ein unerklärtes Rechtsinstitut, es würde als eine willkürliche Schöpfung der allenfalls auf den formalen Individualwillen hinblickenden Gesetzgebung gefaßt werden müssen, und würde damit zu einem Product rein menschlicher Willensconstruction degradirt werden, während es doch, wie die Ehe und der Staat, das natürlichste Ergebniß der Zustände ist, in die nach einer höheren Weltordnung die Menschheit auf dieser Erde gesetzt worden ist.

Die Beweisführung, auf die sich diese Erklärung des Eigenthumsinstitutes gründet, kann unmöglich die etwaige Anführung einer Gesetzesstelle oder der Meinung eines alten Juristen oder überhaupt der traditionellen Auffassung eines bestimmten Volkes, insbesondere des Römischen, sein. Alles das würde nicht entscheiden [2]). Es handelt sich hier um Fragen, die gleichartig

2) Arndts P. §. 130 Anm. 4 (5. Aufl.) greift meiner Ansicht gegenüber, daß der Grund des Eigenthums die Arbeit sei, einzelne von mir gebrauchte Ausdrücke heraus, die den Kern meiner Auffassung gar nicht treffen. Daran knüpft er das mäkelnde Wort: „durch solche Redefiguren wird das Wesen des Eigenthums wohl kaum zu besserem Verständniß gebracht", und bemerkt: „man muß doch zurückgehen auf den ursprünglichen und Grundbegriff des Eigenthums, als einer eigentlich schrankenlosen rechtlichen Herrschaft über die Sache, die jedoch bestimmte Einschränkungen erleiden

58 sind der Untersuchung der Ursprachen, aus denen unsere gegenwärtig bestehenden Sprachen allmälig erwachsen sind. Die Römische, die griechische, die deutsche Sprache sind nicht in dem einzelnen Volke selbständig neu gebildet, sie ruhen wieder auf älteren Stammsprachen und diese wiederum auf noch älteren, und so werden wir in der Forschung auf Zeitlängen in der Entwicklung des Menschengeschlechtes hingeführt, deren Größe noch gar nicht mit Sicherheit festgestellt worden ist, jedenfalls aber als sehr bedeutend angenommen werden muß. Wir finden danach gewisse Hauptgruppen, auf welche die Gesammtheit der menschlichen Sprachen zurückzuführen ist. Es muß — gerade so wie es als undenkbar erscheint, daß die Vorvölker der Römer, Griechen und Deutschen nicht schon geregelt gesprochen haben und daß der Stamm dieser Ursprache nicht noch in der Römischen, griechischen und deutschen Sprache erkennbar sein sollte, — ganz ebenso als undenkbar bezeichnet werden, daß nicht bereits unter den Vorvölkern unserer historischen Völker über die Macht des Individuums an den körperlichen Dingen der Erde Rechtsgrundsätze sich festgestellt und daß ein Stamm dieser Rechtsgrundsätze nicht noch in den historischen Völkern nachweisbar sein sollte. Wir haben, wie in der Sprachfrage, so auch in der Eigenthumsfrage (und Ehefrage und Staatsfrage) größere Rechtsgruppen vor uns. Neben der unbedeutenderen Gruppe der communistischen Gestaltungen, haben wir die bedeutendere der Fixirung eines Obereigenthums von Gott oder Staat, und die bedeutendste des eigentlichen Privateigenthums d. h. die primäre Zurückführung des Sachangehörens nicht auf ein Höheres, das Quelle der Rechtsstellung des Einzelnen wäre, sondern auf das

kann“. Also damit soll nun die Sache erledigt sein? Es handelt sich ja gerade darum, diesen „ursprünglichen und Grundbegriff“ überhaupt erst zu erklären. — Auf andere Einwände, die man gegen meine Ansicht gemacht hat, werde ich bei anderer Gelegenheit antworten.

Einzelsubject selbst, dem die Souveränetät über die Sache nur eine durch die Rechtsordnung gesicherte ist [3]). Es ist nicht gesagt, daß alle Völker, bei denen sich dieser Begriff des Privateigenthums findet, national und sprachlich auch von einem und demselben Vorvolke abstammen müßten, aber ihr Eigenthum muß aus gleichartiger Quelle abstammen. Und wo wirklich (wie dies der Charakter des Römischen, wie des deutschen Eigenthums ist) die Privatperson als der bedingungslose souveräne Machthaber über die Sache gilt, da kann auch die Quelle dieser Macht nur eine eigene durch die Rechtsordnung garantirte Privatthätigkeit sein [4]). Um aber überhaupt garantirt werden zu können, muß sie einen besonderen von der Rechtsordnung anerkannten materiellen Character an sich tragen. 58

So gelangt man nothwendig zu dem Satze: es muß da, wo wahres Privateigenthum gilt, dieses sich in diesem Volke oder in der vielleicht langen Reihe von Vorvölkern aus Gründen gebildet haben, die den Charakter der bedingungslosen materiellen Selbsterringung der Sache an sich tragen. Und zwar wird man zu diesen Gründen von den oben erläuterten drei natürlichen ma-

3) Seneca de benef. VII. 4: Iure civili omnia regis sunt (d. h. das gesammte Privateigenthum steht unter dem Schutz der Rechtsordnung und der Staatsmacht, potestas regis). Et tamen illa, quorum ad regem pertinet universa possessio, in singulos dominos descripta sunt, et unaquaeque res habet possessorem suum. Itaque dare regi et domum et mancipium et pecuniam possumus, nec donare nisi de suo dicimur. Ad reges enim potestas omnium pertinet, ad singulos proprietas. Fines Atheniensium aut Campanorum vocamus, quos deinde inter se vicini privata terminatione distinguunt, et totus ager huius aut illius reipublicae est, pars deinde suo domino quaeque censetur. Ideoque donare agros nostros reipublicae possumus, quamvis illius esse dicantur. Quia aliter illius sunt aliter mei.

4) Gleichartig wie in einem Staatensystem die Souverainetät der einzelnen Staaten sich zunächst immer aus sich selbst erklärt und durch die Rechtsordnung dieses Staatensystems nicht gegeben sondern nur garantirt ist.

58 teriellen causae nothwendig zwei zu rechnen haben, die Occupation und den Gütertausch. Sie sind die zwei Grundelemente aus denen sich überhaupt der Inhalt des Privateigenthums ergiebt. In der Occupation (in jenem oben erläuterten engeren Sinn) haben wir den ersten Anfang des Eigenthums, durch sie ist dem Privateigenthum das Element der absoluten, alle Nebenmenschen ausschließenden Souverainetät eingeprägt[5]). Durch den Gütertausch dagegen verknüpft sich sogleich mit dem Eigenthum das zweite selbständige Element, die freie Veräußerlichkeit, der Begriff, daß das Individuum, indem es dem Eigenthümer gleichviel Vermögensmacht gewährt, nun auch dessen Eigenthum vollständig in den eigenen Vermögenskreis durch Selbstverdienthaben herüberzieht[6]). Danach führen sich die zwei wesentlichen Elemente des Eigenthumsinhalts auf die zwei Gründe zurück, denen wir in allen Rechten, die Privateigenthum kennen, auch als so oder so im Genaueren positivrechtlich formirten Entstehungsgründen des Eigenthumsrechts begegnen. Sie sind der Stamm

5) Der Occupationsbegriff reicht noch weiter, und bildet auch staatsrechtlich als das Recht der Eroberung, Ansiedlung, die primärste Begründung der Staatssouverainetät über ein bestimmtes Land, jener potestas regis oder rei publicae (Note 3), welche dahin führen kann, daß in einem Volke eigentliches Privateigenthum sich gar nicht bildet, vielmehr in der vorher angedeuteten Weise lediglich der Staat, der König, Gott, als der Herr aller Güter erscheint. Wo dagegen Privateigenthum sich entwickelt hat, da sind nothwendig die potestas rei publicae und die proprietas der singuli zwei ganz verschiedene Begriffe, so daß einerseits der Staat wiederum als Privatperson auch der proprietas der singuli theilhaftig werden kann, andererseits aber auch die staatsrechtliche potestas rei publicae, als das Höherstehende, sich in bestimmten Rechtsacten zu proprietas singulorum umgestalten kann (§. 57 Note 2).

6) Nur ein Unterbegriff hiervon ist, daß wenn das Eigenthum überhaupt als materiell von der Person ablösbar dasteht, auch einzelne Befugnisse aus dem Eigenthum an Andere übertragen werden können, d. h. daß das Eigenthum beschränkbar ist.

unseres Eigenthumsrechtes, gleichartig wie das Sanskrit und des- 58
sen Vorsprachen den Stamm der indogermanischen Sprachen ausmachen.

Anders steht in dieser Hinsicht die Production. Obgleich ebenfalls eine natürliche materielle causa des Eigenthums — geeignet, da wo sie positivrechtliche Geltung bekommt, auch den Inhalt des Eigenthumsbegriffs wesentlich zu bereichern, — hat sie doch, wie die Geschichte des Alterthums lehrt, gerade in der älteren Zeit der Menschheit (insbesondere in Folge des Ueberwiegens der Sklavenarbeit) sich nicht vorherrschend zu positivem Rechte emporgeschwungen, und die Römer haben sie als Erwerbsgrund des Eigenthumsrechts ursprünglich bei Seite gelassen.

§. 59. (Vierte Klasse der Eigenthumserwerb- 59
arten). — Durch die Materialacte ist der natürliche Inhalt des Privateigenthums gegeben, die Formalacte und die rein positivrechtlichen Erwerbarten umfassen in Betreff des schon als vorhanden anerkannten Eigenthumsinstituts den weiteren sehr verschieden gestaltet denkbaren Ausbau des Instituts in der geschichtlichen Entwicklung eines Volks.

In dem natürlichen Inhalt des Eigenthums, dem materiellen Errungenhaben der ganzen Substanz der Sache, liegen folgende drei Consequenzen:

1. Wenn die Sache sich objectiv umgestaltet, so gehört dem Eigenthümer auch die neue Gestalt; wenn die Sache Früchte hervorbringt, so gehört dem Eigenthümer auch die getrennte Frucht.

2. Wenn an die Sache sich objectiv eine Nebensache anschließt, so daß sie als integrirender Theil jener erscheint, so erwirbt der Eigenthümer der Hauptsache die Nebensache.

3. Wenn zwei Sachen verschiedener Eigenthümer sich objectiv zu einer einzigen Substanz verbinden, und keine über die

59 andere das Uebergewicht hat, so müssen beide Eigenthümer jetzt Miteigenthümer der geeinten Sache werden.

Diese naturali ratione durch den Inhalt des Eigenthums gegebenen Sätze können sich zu einem wirklichen Eigenthumserwerbe gestalten, der als ein selbständiger Begriff jenen bisher besprochenen drei Klassen des Eigenthumserwerbes gegenübertritt. Sein factischer Grund ist der objective Zustand der Sache, wobei es möglich aber nicht nöthig ist, daß die menschliche Thätigkeit diesen Zustand herbeigeführt hat. Die volle Entfaltung kann dies „Substantialprincip" nur da finden, wo, wie im früheren Römischen Rechte, der mittlere jener drei natürlichen Materialacte des Subjects gar keine positive Anerkennung im Recht gefunden hat. So weit dagegen die Sachproduction zur juristischen Geltung kommt, — wie dies im späteren Römischen Rechte zum Theil hervorgetreten ist, in einer Art, daß man freilich einerseits den Mangel einer nationalen das ganze natürliche Princip umfassenden Rechtsüberzeugung des Volks erkennt, andererseits aber die feine und detaillirte Untersuchung der Juristen auf der einmal angenommenen Grundlage nie vermißt, — in so weit tritt dann die Herrschaft des Substantialprincips zurück. —

Ich fasse zum Schluß die selbständigen dogmatischen Begriffe, in welche sich die so vielgestaltigen Eigenthumserwerbarten vertheilen, noch einmal kurz zusammen. Es sind vier Klassen:

1. Materialacte der Privatperson, also Rechtsgeschäfte. Ihr factischer Bestand zerlegt sich in Besitzergreifung mit einer materiellen causa und der formellen causa des animus accipiendi (resp. beim Tauschverkehr transferendi) dominii. Diesem factischen Element gegenüber ist natürlich, wie bei allen Klassen, das juristische der positivrechtlichen Anerkennung erforderlich. Sie erklären sich aus der naturalis ratio.

2. Formalacte der Privatperson, also ebenfalls Rechts- 59
geschäfte. Sie bestehen aus dem juristischen Element der positivrechtlichen Anerkennung und dem factischen Element des animus accipiendi (resp. bei Eigenthumsübertragungen transferendi) dominii. Sie erklären sich aus der naturalis aequitas. Besitzergreifung wird man hier bei dem, was in der Occupationslehre Formalact ist (da es ja doch nur als Anhängsel der eigentlichen Occupationslehre erscheint) immer fordern. Bei der Eigenthumstradition, obgleich hier der Formalact keineswegs Anhängsel des Materialacts ist, haben die Römer die principiell nicht erforderliche Besitzergreifung ebenfalls stets festgehalten.

3. Die Consequenzen des Substantialprincips. Ihre Elemente sind das juristische der positivrechtlichen Anerkennung, und das factische eines gewissen objectiven Sachzustandes. Ihr Grund ist also gerade ein dem Rechtsgeschäft entgegengesetzter. Sie erklären sich aus der naturalis ratio.

4. Die rein positivrechtlichen Erwerbsgründe. Ihre Elemente sind das juristische der positivrechtlichen Einführung und gewisse factische vom Rechtssatz gemachte Voraussetzungen. Sie erklären sich weder aus naturalis ratio noch aus der aequitas der bloßen Anerkennung des Individualwillens; ihre Gründe sind vielmehr entweder eine civilis ratio (wie bei der Ersitzung) oder ausnahmsweise Rücksichten der Utilität (ius singulare) [1].

Nr. 1 und 3 lassen sich wieder als die natürlichen Erwerbarten im engeren Sinn, Nr. 2 und 4 als die civilrechtlichen Erwerbarten im weiteren Sinn bezeichnen.

1) Bei diesen civiles rationes und diesem ius singulare können aber wiederum *andere* Elemente der Aequität, als das bei den Formalacten hervortretende des Herrschenlassens des Individualwillens, in Betracht kommen.

Fünftes Capitel.

Andere Veräußerungswege.

60 §. 60. (Verkaufstradition als Grundlage der usucapio). — Zum Schluß habe ich noch einige Nebenfragen, die mit den in dieser Schrift untersuchten Punkten in naher Verbindung stehen, zu erwähnen.

Die Eigenthumstradition aus der venditionis causa ist ein Materialact, die sonstige Eigenthumstradition ist Formalact. Wie verhält sich hiezu der Fall, wenn durch eine Sachveräußerung nicht Eigenthum, sondern nur Ersitzungsaussicht begründet wird? Besteht auch für solchen Fall ein gleichartiger Gegensatz der venditionis causa und der sonstigen causae? Daß jedenfalls Eigenthumstradition einerseits und Sachveräußerung als Grundlage der Usucapion andererseits, in soweit sich gleichstehen, daß bei beiden für die venditionis causa die Vorschrift der Preis-Zahlung oder -Creditirung gilt, ist oben §. 26 erörtert worden. Aber das ist noch nicht hinreichend, um eine völlige juristische Gleichbehandlung beider Fälle zu constatiren.

Stellen wir zunächst fest, was ganz abgesehen von Quellenzeugnissen sich durch innere Argumentation aus den jetzt gewonnenen Begriffen von Materialact und Formalact ergiebt.

Die (ordentliche) Usucapion stützt sich auf iustus titulus oder iusta causa. Dieser iustus titulus ist (der richtigen An-

sicht nach) nicht so zu denken, daß er das der bona fides Unter- 60
geordnete wäre und nur den Rechtfertigungsgrund der bona fides enthielte, sondern iustus titulus als ein objectiv vorhandener Erwerbsact und bona fides als subjectives redliches Bewußtsein sind zwei ganz selbständig dastehende Erfordernisse. Insbesondere die bona fides ist nicht bloß „Negation des unredlichen Willens", sondern sie muß eine nach Lage der Verhältnisse entschuldbare sein [1]). Der iustus titulus besteht aus venditionis causa und allen sonstigen Veräußerungscausae, er setzt einen materiell mangelhaften Erwerb voraus [ich will als Repräsentanten dieses Begriffs hier der Kürze halber den Fall des Erwerbs a non domino gebrauchen]. Läge der materielle Mangel nicht vor, so würde im Uebrigen das Veräußerungsgeschäft geeignet sein, das Eigenthum zu übertragen [2]). Die bona fides hat den Inhalt, daß sie subjectiv ersetzen muß, was objectiv an der Rechtmäßigkeit des titulus mangelt. Also für den Fall des Erwerbs a non domino muß die bona fides der Glaube sein, daß der Veräußernde der dominus sei.

Nothwendig muß man danach die bona fides genauer so formuliren. Sie muß gerichtet sein auf diejenigen Momente des Veräußerungsgeschäfts, welche die eigentliche Eigenthum übertragende Kraft in sich fassen, welche also, wenn a domino veräußert worden wäre, das Eigenthum würden haben übergehen lassen; natürlich muß also die bona fides, um darauf gerichtet sein zu können, zur Zeit dieser Momente vorhanden sein.

Bei allen causae außer der venditionis causa besteht, wie wir nunmehr wissen, die Eigenthumstradition als Formalact

---

1) Ich gehe auf diese in neuerer Zeit viel besprochenen Fragen hier nicht weiter ein, insbesondere auch nicht auf die Beweisfrage in Betreff der bona fides.

2) Ich sehe ab von den Besonderheiten der usucapio pro suo; s. darüber v. Scheurl Beitr. II. S. 77—79.

60 lediglich aus den Momenten der Sachübergabe und des animus transferendi et accipiendi dominii; die causa der Veräußerung ist etwas davon völlig Getrenntes, sie gehört juristisch gar nicht zur Eigenthumstradition. Also es würde gar keinen Grund haben, zu verlangen, daß die bona fides unmittelbar auf jene causa gerichtet sein müßte, sie hat lediglich jene Momente der Eigenthumstradition zu umfassen, mit andern Worten der Erwerber muß *im Momente der Tradition* 1) den animus accipiendi dominii *haben* und 2) *glauben*, daß der Veräußerer ihm mit dem wirklichen animus transferendi dominii gegenüberstehe, d. h. daß im Veräußerer das Können (daß er also dominus sei) und das Wollen der Eigenthumsveräußerung vorhanden sei. Diese so gestaltete bona fides und daneben der Nachweis jener causa des Traditionsgeschäftes bilden die beiden selbständigen Grundlagen der Usucapion.

Es versteht sich, daß jede Gesetzgebung die Macht hat, auch im Fall der venditionis causa die Eigenthumstradition zum Formalact zu erheben. Alsdann ist die nothwendige Consequenz, daß auch die bona fides mit dem angegebenen Inhalt nur für den Moment der Tradition gefordert werden dürfte, also im Fall eines voraufgehenden Kaufcontractes der Glaube des Käufers, daß beim Veräußerer das Können der Eigenthumsüberlassung vorliege, zur Contractszeit noch nicht vorhanden zu sein brauchte. Und diese Rechtsgestaltung enthielte, — angenommen, daß überhaupt die Erhebung auch des Verkaufsfalls zum Formalact legislativ zu wünschen ist —, gar nichts Unpassendes. Wie oft kommt es vor, daß Jemand eine Sache verkauft, die er vom dominus erst noch zu erwerben beabsichtigt, daß also der Käufer zur Zeit des Kaufcontracts ausgesprochener oder stillschweigend vorausgesetzter Maßen *weiß*, die Sache gehöre einem Dritten. Er nimmt an, der Verkäufer werde sie bis zur Traditionszeit zu erwerben wissen, und kann nach sehr verschieden

denkbaren Umständen zur Traditionszeit vollständig in der Lage 60
sein glauben zu dürfen, daß der Veräußerer jetzt der dominus sei. Also seine bona fides ist im Momente des Formalactes vorhanden, und mehr zu fordern würde völlig uncivilistische Willkür des Gesetzgebers sein.

Aber das Römische Recht hat, wie im Obigen dargelegt ist, den Fall der venditionis causa, in Festhaltung der natürlichen Grundelemente des Eigenthums, nicht zum Formalact erhoben, und so müssen denn auch die Consequenzen die entgegengesetzten sein. Die verkaufsweise Eigenthumsübertragung ist als Materialact nach Römischem Recht ein einziges juristisches Ganzes. Sie kann als Kauf Zug um Zug auch äußerlich so auftreten, sie ist nun aber freilich auch als in zwei Acte zerlegbar zugelassen worden: den Kaufcontract und die animo tr. e. a. d. vorgenommene Sachtradition ex causa venditionis. Aber innerlich stehen beide Acte in Betreff des Eigenthumsüberganges doch immer als eine Einheit da, die nur zwei äußerlich trennbare Seiten — die materielle und die formelle — darbietet. Davon ist die Vorschrift, daß außer der formellen Seite auch noch Preis-Zahlung oder -Creditirung stattgefunden haben muß, eben auch nur eine Consequenz. Aber andere Consequenzen müssen, wo sie sich darbieten, ebenfalls gezogen werden, und dies tritt gerade bei unserer Usucapionsfrage ein, sowohl für den Punkt von der Preis-Zahlung oder -Creditirung [3]), als auch für den von der bona fides. Der Käufer muß die Kauf-causa einerseits schon als iustus titulus d. h. als Grund des Veräußerungsgeschäfts beweisen, wie alle anderen causae. Aber die emtionis causa hat andererseits für ihn noch die Bedeutung, daß sie ihm Stück (oder: materieller Bestandtheil) des Veräußerungsgeschäfts ist, welches Geschäft ihm das Eigenthum gegeben haben würde,

3) Vgl. oben §. 26 Note 3.

60 wenn der Veräußerer dominus gewesen wäre. Also seine bona fides, die sich auf alle wesentlichen Momente des Veräußerungsgeschäftes zu erstrecken hat, muß vorhanden sein sowohl zu der Zeit, wo der Sachübergang seine formelle Gestaltung erhält, als auch zu der Zeit, wo dessen materieller Bestandtheil begründet wurde, mit anderen Worten: der Käufer muß in bona fide sein zur Zeit der Tradition und zur Zeit des Verkaufsabschlusses.

61 §. 61. (Fortsetzung). — Genau das, was so eben als nothwendige Consequenz nachgewiesen wurde, ist im R. R. festgesetzt.

Fr. 48 de usurp. et us. 41. 3: Si existimans me debere tibi tradam, ita demum usucapio sequitur, si et tu putes debitum esse. Aliud est, si putem me ex causa venditi teneri et ideo tradam; hic enim nisi emtio (Vulg. Hal.: actio; Cod. ap. Geb. laud: auctio) praecedat, pro emtore usucapio locum non habet. Diversitatis causa in illo est, quod in ceteris causis solutionis tempus inspicitur, neque interest, quum stipulor, sciam alienum esse nec ne; sufficit enim me putare tuum (Vulg. Hal.: meum) esse quum solvis; in emtione autem et contractus tempus inspicitur et quo (Vulg. Hal.: quod) solvitur, nec potest pro emtore usucapere, qui non emit, nec pro soluto, sicut in ceteris contractibus.

Bei den ceterae causae ist das Veräußerungsgeschäft ein Formalact, d. h. es wird nur auf das solutionis tempus und den dabei vorhandenen animus tr. e. a. d. gesehen. Da diese solutio (d. h. der Act der Eigenthumstradition) juristisch von den ceterae causae ganz getrennt ist, also es bloß auf den animus transferendi und accipiendi dominii ankommt, so tritt dies auch darin hervor, daß die causa ganz fehlen kann, und es genügt, wenn nur Beide glauben, die causa liege vor und deß-

halb den animus tr. e. a. d. fassen. Alsdann liegt nämlich der 61
titulus pro soluto vor. Bei der venditionis causa ist dies anders[1]); hier ist das Veräußerungsgeschäft, als ein Materialact, zusammengesetzt aus dem contractus und der solutio[2]); also es muß eine venditio vorliegen, und der bloße Glaube, daß sie vorliege, genügt nicht[3]). Derselbe Grund aber, der bewirkt, daß in Betreff der venditionis causa kein titulus pro soluto möglich ist, hat auch die Folge, daß die bona fides, als selbständige Voraussetzung der Usucapion neben dem titulus, für den Fall der venditionis causa im contractus und solutionis tempus, bei den ceterae causae nur im solutionis tempus vorhanden sein muß.

---

1) Es ist also Stinzing bon. fid. S. 102. 103 nicht beizustimmen, wenn er (die Eigenthumstradition lediglich auf die Absicht der Parteien zurückführend) sagt: „wir glauben daher, daß man den Titel bei den derivativen singulären Erwerbungen ganz ähnlich auffassen muß, wie die iusta causa bei der Tradition ... der Wille der Partheien ist das Wesentliche ... Ob das etwa vorhergegangene Rechtsgeschäft an sich gültig ist, ist völlig irrelevant."

2) Natürlich wird hier der titulus pro emtore im engern Sinne (fr. 2 pr. pro emt.: pro emtore possidet, qui revera emit) vorausgesetzt d. h. Usucapion auf Grundlage eines an sich juristisch gültigen Kaufgeschäfts.

3) Allerdings ist nun auch in gewissen Fällen, wo ein nichtiges Kaufgeschäft oder gar kein Kaufgeschäft, sondern nur der Schein eines solchen vorliegt (Stinzing S. 89—91), doch eine Usucapion auf Grundlage putativen Titels zugelassen worden. Hier ist dann aber anstatt des mangelnden wirklichen iustus titulus eine besondere iusta causa erroris vom Usucapienten nachzuweisen fr. 11 pro emtore 41. 4. (v. Scheurl Beitr. II. S. 79). Weil in solchem Fall ein verus titulus venditionis gar nicht vorliegt, so kann an sich die bona fides auch nur traditionis tempore gefordert werden; aber freilich wird, wenn zur Zeit des nichtigen Kaufs die bona fides mangelte, eine Sachlage vorliegen können, bei der sich auch jene geforderte iusta causa erroris nicht wird darthun lassen. — Nicht richtig erklärt diesen Punkt v. Vangerow. Pand. I §. 320 (7. Aufl. S. 597.)

61 Fr. 2 pr. pro emtore 41. 4: ... in ceteris contractibus sufficit traditionis tempus (im Voraufgehenden ist ebenfalls jener Satz über den titulus pro soluto ausgesprochen). Sic denique si sciens stipuler rem alienam, usucapiam, si, quum traditur mihi, existimem illius esse; at in emtione et illud tempus inspicitur quo contrahitur; igitur et bona fide emisse debet, et possessionem bona fide adeptus esse [4]).

Man hat diese Bestimmung des Römischen Rechts nicht verstanden, weil man den in der Römischen Traditionslehre bestehenden Gegensatz des Materialacts und Formalacts nicht erkannt hat. Ich hebe hier nur die in neuerer Zeit versuchten aber nicht zutreffenden Erklärungen hervor [5]).

1) Puchta (Inst. II §. 239 S. 663 nn.) sagt: „Die bona fides, also z. B. die Ueberzeugung, daß der Tradent Eigenthümer sei, muß zur Zeit des Besitzerwerbes vorhanden sein und dies reicht in der Regel aus; wo aber der Titel ein von dem Besitzerweib getrenntes Rechtsgeschäft ist, wie beim Kauf, muß auch bei diesem schon die bona fides existiren." Hieraus würde folgen, daß auch bei anderen causae als beim Kauf, wenn sie als ein vom Besitzerwerbe getrenntes Rechtsgeschäft auftreten, zu beiden Zeitpunkten bona fides vorhanden sein müßte, während doch die Quellenstellen deutlich nur die venditionis causa den ceterae causae entgegenstellen, so daß bei allen letzteren es (abgesehen von den in fr. 44 §. 2 [Note 4 cit.] hervorgehobe-

4) Vgl. über diesen Satz ferner fr. 2 §. 13. fr. 7 §. 4 pro emt. fr. 15 §. 3. fr. 44 §. 2 de u. et u. 41. 3. fr. 7 §. 16. 17 de Publ. act. 6. 2. — S. übrigens noch fr. 44 § 1 de u. et u. und Böcking P. II. §. 147 Not. 44.

5) Aeltere unhaltbare Erklärungen finden sich zusammengestellt bei Stinzing Bona fides (1852) S. 113 Note 94 und Schirmer Zeitschr. f. C. u. Pr. N. F. XV. S. 294. Note. 1.

nen Besonderheiten) lediglich auf das traditionis tempus ankommt. 61

2) Nach der Ansicht von v. Scheurl (Beitr. I S. 220. 221 II S. 64 und Windscheid (Pand. I §. 177 Note 1 und 2) soll der Unterschied darin zu finden sein, daß bei den ceterae causae der Besitzanfang zugleich Erwerbsanfang sei, weßhalb denn auch nur die bona fides zu dieser Zeit gefordert werden könne. Dagegen bei der venditionis causa liege der Erwerbsanfang schon im Kaufcontract [im Kaufe liegt nach W. materiell eine sofortige Ueber- und Aneignung]; so müßte denn auch bereits mit diesem Anfangspunkte bona fides vorhanden sein. Der angegebene Charakter der venditionis causa ergebe sich namentlich daraus, daß mit der Perfection des Contracts bereits periculum und commodum rei auf den Käufer übergehe.

Wenn dies letztere Moment (das aber anders zu erklären ist) überhaupt etwas bewiese, so würde daraus folgen, daß auch in den anderen Fällen, wo periculum und commodum rei übergeht, schon bei den Römern für den Contractsabschluß bona fides erfordert sein müßte. Was aber den Scheurl'schen Satz selbst betrifft, so ist er entschieden gegen die Quellen. Es darf indeß nicht unerwähnt bleiben, worauf freilich Scheurl sich nicht beruft, daß man wohl nicht umhin kann, auch schon Römischen Juristen diese Ansicht zuzuschreiben. Sagt man nämlich, im Verkauf liege bereits der eigentliche juristische Anfang des Eigenthumsüberganges, oder „materiell die sofortige Ueber- und Aneignung“, so muß man dann auch weiter sagen, die Tradition sei nur die formale Erledigung des in jenem Anfangspunkte stillschweigend Vorausgesetzten. Die Tradition stände dann als Erfüllung der in jenem Anfangspunkte bereits enthaltenen conditio iuris da. Dann aber ist auch die Consequenz, daß Alles auf jenen juristischen Anfangspunkt zu retrotrahiren ist [6]). Da-

6) Gleichartig wie bei der verkaufsweisen Tradition ohne Preis-Zahlung

61 mit käme man zu der Ansicht, daß die bona fides nur zur Zeit des Kaufabschlusses zu erfordern sei. Diese Ansicht haben in der That Römische Juristen gehabt, und sie können dieselbe wohl schwerlich anders als in der angegebenen Weise gerechtfertigt haben [7]). Aber die Ansicht des Sabinus und Cassius ist die allgemeine geworden und sie ist auch offenbar die innerlich richtige. Wenn die venditionis causa der Eigenthumstradition voraufgeht, so ist der im Kaufcontract liegende Wille noch kein animus tr. e. a. dominii, sondern nur der Wille des sich persönlich Bindens, jenen animus tr. e. a. d. bei der Sachübergabe fassen zu wollen. Der animus tr. e. a. d. ist auch bei der venditionis causa immer etwas durchaus Selbständiges (§. 41 Note 4). Deßhalb kann aber auch der juristische Anfangspunkt des kaufweisen Eigenthumsüberganges nach der Römischen Rechtsconstruction nie über den animus tr. e. a. d. zurückverlegt werden. Damit fällt die Möglichkeit, die Vorschrift der bona fides beim Kaufabschluß aus der Charakterisirung des Letzteren als Erwerbsanfanges abzuleiten. Anfang des Eigenthumserwerbes ist auch beim Kauf lediglich die Tradition mit animus tr. e. a. d., aber dieser Traditionsact ruht auf einer materiellen Basis, von welcher seine Rechtswirkungen nicht getrennt werden können. Es ist der Fall der Coexistenz zweier juristisch verknüpften Punkte a

---

oder genügende Creditirung der juristische Anfang hinterdrein bei erfolgter Zahlung immer vom Traditionsacte datirt.

7) Fr. 10 pr. de u. et u. 41. 3: Si aliena res bona fide emta sit, quaeritur, ut usucapio currat, utrum emtionis initium ut bonam fidem habeat exigimus, an traditionis? Et obtinuit Sabini et Cassii sententia traditionis initium spectantium d. h. es genügt nicht, daß die Sache bona fide emta sei (also bona fides bloß beim Kaufabschluß), sondern es muß bona fides auch noch bei der traditio gefordert werden. So auch fr. 7 §. 17 de Publ. act. 6. 2: oportere et tunc (bei der Tradition) bonae fidei emtorem esse d. h. er muß auch noch bei der Tradition, nicht bloß beim Kauf, in bona fide sein. S. Böcking P. a. a. O. §. 147 Note 42.

und b; in a gilt b nicht schon als begonnen (also b ist nicht bloß das ausgeführte a), sondern b hat eine Eigenexistenz, aber b soll nicht wirken wenn a nicht ist [8]). 61

3. Diejenige Ansicht, welche heutzutage die meisten Vertreter gefunden hat, knüpft an den Umstand an, daß das Römische Recht den Kauf bekanntlich nicht bloß als causa des Eigenthumsüberganges behandelt, sondern wieder noch ganz über den Eigenthumsbegriff hinausgeht. Es legt dem Verkäufer nur die Rechtspflicht zum tradere auf, der Verkäufer ist juristisch an sich nicht gebunden, Eigenthum zu übertragen, sondern nur für das habere licere des Käufers zu sorgen. Daraus nun soll sich erklären, daß bei der Usucapion auch zur Zeit des Kaufcontractabschlusses bona fides gefordert werde. Indem nämlich der Kauf nur die Traditionspflicht erzeuge, so könne der Käufer nur dann glauben, der Verkäufer müsse ihn durch die Tradition zum Eigenthümer gemacht haben, wenn er ihn zur Contractszeit für den Eigenthümer der verkauften Sache gehalten habe [9]).

Aber diese Argumentation beweist für unseren Punkt nichts. Zunächst allerdings ist es richtig, daß die Kaufobligation juristisch

---

8) Windscheid a. a. O. meint, die Römische Bestimmung von der bona fides beim Contractsabschluß sei heutzutage (im gemeinen Recht) auf alle Geschäfte anzuwenden, in denen, wie Tausch und Schenkung, der Wille auf sofortige Ueber- und Aneignung liege. Dem steht entgegen, daß hier die Eigenthumsübertragung Formalact ist. — Die neuere Gesetzgebung wird leicht das Streben haben, auch die venditionis causa zum Formalact zu erheben, dann muß jene Bestimmung auch hier fallen. Das Pr. L.R. (vgl. oben §. 46 Note 8) fordert die bona fides nur für den Moment, daß Jemand „zum Besitz einer Sache gelangt" I 9 §. 615. 591. Genaueres Eingehen in die neueren Gesetzgebungen würde mich zu weit führen.

9) Diese Ansicht wird in verschiedener Nüancirung vertheidigt namentlich von Stinzing bon. fid (1852) S. 115 (der auch eine verwandte Ansicht Harniers de prob. bon. fid. 1851, welche Schrift mir nicht zur Hand ist, referirt), Böcking P. II S. 108. 109, und Schirmer a. a. O. S. 295 ff.

61 nur die Pflicht zum tradere erzeugt, indeß folgt daraus doch nur, daß um den Kauf als Grundlage für die Usucapion benutzen zu können, die Sachlage so sein muß, daß aus dem Kauf ein Eigenthumserwerb hätte folgen können, wenn der Verkäufer Eigenthum zu übertragen gehabt hätte. Es ist also weiter zurückzugehen auf die Frage, wie aus dem Verkauf Eigenthum übertragen werden kann. Faßt man diese nun nach der jetzt herrschenden Ansicht (s. insbesondere die Böcking'sche Meinung oben §. 43), so ist nur nöthig animus transferendi und accipiendi dominii zur Zeit der Sachübergabe, und Preis-Zahlung oder -Creditirung, welche letztere entweder unter den animus tr. e. a. d. ganz subsumirt, oder höchstens als gesetzliche Besonderheit daneben gestellt wird. Daraus kann doch aber nur folgen, daß eben zur Zeit dieser die Eigenthums-Uebertragungskraft in sich fassenden Momente der Glaube des Käufers vorhanden sein müsse, er erwerbe vom dominus. Man könnte also höchstens zu der Ansicht gelangen, daß die bona fides zur Zeit der Tradition und der Preis-Zahlung oder -Creditirung zu fordern sei. Dieser letztere Punkt ist nun aber noch nie geltend gemacht worden, und es würde das auch ganz verkehrt sein. Jedenfalls auf den Vertragsabschluß gelangt man mit dieser Erklärung nie zurück. Dagegen dasjenige, was in der That bei der Römischrechtlichen Construction der Eigenthumsübertragung ex causa venditionis nothwendig die bona fides zur Zeit des Vertragsabschlusses fordert, würde auch gültig sein, wenn die Römer den Verkauf nie über die Eigenthumsgränzen hinausgetragen, also die Rechtspflicht des Verkäufers als eine Obligation auf dare behandelt hätten. Daß sie die verkäuferische Verbindlichkeit zu einem tradere erweitert haben, thut nichts zur Sache.

62 §. 62. (Das vendere nummo uno usumfructum). — Es ist im Obigen dargelegt worden, wie der Kauf nach natürlichen Verkehrsgesetzen mit dem Eigenthumsbegriff

verwachsen ist. Das Eigenthum hat natürliche causae, aus 62
denen sich sein Begriff formirt. Die Occupation und (wo sie überhaupt zur juristischen Geltung kommt) die Sachproduction sind originäre causae, sie gewähren dem Eigenthumsbegriff gewisse lediglich in diesem Moment des Originären liegende Elemente; der Kauf (und vor ihm in unvollkommenerer Weise der Tausch) ist die natürlich sich entwickelnde Gestaltung des derivativen Eigenthumserwerbes. Aus diesen natürlichen Gründen entwickelt sich (nur mit allerlei kleineren Verschiedenheiten, jenachdem alle jene natürlichen causae zusammenwirken oder nicht) bei den meisten Völkern der Erde das Privateigenthum, und der einmal gebildete natürliche Eigenthumsbegriff wird im langen geschichtlichen Entwicklungsproceß des Rechtes der Völker, — trotz der immer mächtigeren Hervorbildung der formalen und rein positivrechtlichen Eigenthumserwerbsfälle, welche die natürlichen Erwerbarten mehr und mehr zurückdrängen, — im Wesentlichen als der den öconomischen Bedürfnissen der Menschheit am Meisten entsprechende festgehalten.

Aber auch der Kauf geht, abgesehen von den körperlichen Sachen und dem Eigenthum an denselben, seine ganz eigenen Wege weiter. Der Kauf ist im Stande, sich eine völlig obligatorische Rechtsform zu erringen, und durch Feststellung der verkäuferischen Verpflichtung auf das tradere (nicht mehr dare) sich vom Eigenthum juristisch fast ganz zu emancipiren. Wir haben gesehen, daß das R. R. diesen Schritt gethan hat. Ferner entwickelt sich in verschiedenster Weise das Bedürfniß, daß noch andere Rechte von Person zu Person übertragen werden können, und so stellt sich denn, wenn sie in Geld schätzbar sind, neben den sonstigen causae wiederum die venditionis causa ein. Wie sich dies im Römischen Recht gestaltet hat, liegt ganz außerhalb der Ziele der vorliegenden Schrift. Es genüge die Bemerkung, daß die Römischen Uebertragungsbegriffe dieser Art vorwiegend in der in

62 iure cessio ihren Centralpunkt finden, und daß dadurch die Römer von vorn herein daran gewöhnt wurden, sie als Formalacte zu behandeln, auf die auch die venditionis causa gar keinen Einfluß zu üben im Stande sei.

Nur ein Punkt, als zum Kreise der hier angestellten Untersuchungen gehörig, bedarf noch einer kurzen Erwähnung.

Die auf Grundlage der venditio nummo uno vorgenommene mancipatio war ein Formalact geworden, und die Römer haben außerdem die bloße venditio nummo uno auch noch in vereinzelten Fällen verwendet (§. 34), wovon ein einziger, nämlich die necessaria alienatio der Ausübung eines Usufructs, sich ins Corpus iuris verloren hat. Es ist also auch dies ein reiner Formalact, bestehend aus Nichts als der Constatirung des animus transferendi et accipiendi iuris, welches Recht hier das Ausübungsrecht des Nießbrauchs ist.

Es versteht sich, daß das zur Constatirung dieses animus bei den Römern verwendete Geben des nummus unus, als ein auf Römischer Volkssitte beruhendes und auch wohl (vgl. § 36 im Anf.) erst durch die mancipationes nummo uno veranlaßtes für uns keinerlei Anspruch auf practische Nachahmung hat.

63 §. 63. (Verkaufsweise Cession von Forderungen.) — Einer der Uebertragungswege von Rechten ist im R. R. die Cession der Forderungen. Man hat die Frage aufgeworfen, ob nicht, wenn dieselbe verkaufsweise erfolgt, es für den Eintritt der cessionarischen Rechte der Zahlung oder Creditirung des Kaufpreises bedürfe [1])?

Die Antwort, welche darauf heutzutage meist gegeben wird, ist im Endresultat richtig. Man nimmt nämlich an, daß der Rechtssatz über die Kaufpreis-Zahlung oder -Creditirung von

1) Mühlenbruch Cession 3. Aufl. S. 456. Puchta (Art. Cession im Rechtslex.) Kl. Civ. Schr. I S. 462. Strempel iusta causa S. 44. 120. 124. Arndts P. §. 255 Anm. 1.

der Eigenthumstradition auf die Cession der Forderungen nicht 63
übertragen werden darf. Aber es handelt sich im Genaueren um die civilistische Rechtfertigung dieser Ansicht.

Mühlenbruch bringt für dieselbe nur Utilitätsgesichtspunkte vor, die nicht entscheiden. Aber auch Puchta, der die Mühlenbruch'sche Ansicht eine „nicht ganz mit Unrecht, aber doch auch nicht ohne Irrthum" aufgestellte nennt, trifft nicht den Kern der Frage [2]). Die Stellung von Eigenthumstradition zur Forderungscession ist nach Puchta lediglich aus dem voluntaren Element zu erklären [3]). Bei beiden handelt es sich ihm um Willensinterpretationen, die aber bei der einen ein anderes Ergebniß liefern, als bei der anderen. Wie er diese Interpretation für die Eigenthumstradition faßt, ist schon oben besprochen worden (§. 43. 44). Bei der Forderungscession, welche durch Bestellung zum Procurator also durch Mandat geschehe, ergebe sich einfach folgender Unterschied.

1. Bilde das Mandat einen vom Kaufcontract äußerlich getrennten Act, so könne ihm nur die Absicht der sofortigen Cession untergelegt werden, wenn nicht die Zahlung des Preises als Suspensivbedingung beigefügt sei; es finde also jener Rechtssatz keine Anwendung.

2. Sei aber kein abgesondertes ausdrückliches Mandat geschlossen, so sei die Absicht der sofortigen Cession ohne Zweifel als schon im Kaufabschluß liegend anzusehen, wenn der Kaufpreis bezahlt oder creditirt sei; wo nicht, so werde im Zweifel die wirkliche Cession nicht in den Kaufvertrag gelegt werden können. Man komme hier also auf ein ähnliches Resultat wie bei

2) Gleichartig auch Strempel.

3) Vgl. auch Arndts P. §. 255 Anm. 2 (5. Aufl.) „die causa verhält sich zur Cession, welche die Ueberlassung der Ausübung des Gläubigerrechts oder Klagrechts bezweckt, ähnlich wie zur Tradition, welche Uebertragung des Eigenthums einer Sache bezweckt." Schmid Cession I (1863) §. 7.

es jenem Rechtssatze über das Eigenthum, ungeachtet es ganz richtig sei, daß unser Fall sich nicht unmittelbar unter jene Regel stellen lasse. —

Der Gegensatz ist aber ein anderer. Bei der Eigenthumstradition ist die venditionis causa Bestandtheil des Veräußerungsactes. Sie ist das materielle Element, woraus die Folgerung hervorgeht, daß der Käufer, um Sacheigenthümer zu werden, den Preis gezahlt oder credirt erhalten haben muß. Dieses materielle Element ist mit dem formalen (der Sachübergabe mit animus tr. e. a. d.) juristisch zu einem (wenn auch in zwei selbständige Acte trennbaren) Ganzen verbunden, und dieses Ganze bezeichnen wir eben deßhalb als Materialact. Die practische Bedeutung hiervon ist die, daß wenn das formale Element (Sachübergabe mit etwa ausdrücklich erklärtem animus tr. e. a. d.) vorliegt, dennoch im Fall nicht erfolgter Preis-Zahlung oder -Creditirung kein Eigenthum übergeht.

Der Begriff der Cession dagegen ist aus dem Mandat construirt worden. Das Mandat hat seinen selbständigen juristischen Bestand, ganz abgesehen von der materiellen causa um derentwillen das Mandat erfolgte. Die venditionis causa steht hierin allen anderen causae ganz gleich. Also die Cession ist ein Formalact, so wie es bei der Eigenthumstradition die Veräußerung ex causa donationis u. s. w. ist, wie es die in iure cessio ist. Die Forderungscession besteht als Veräußerungs*geschäft* (d. h. abgesehen von der dem wieder angefügten cessio legis) aus der animo transferendi et accipiendi nominis vorgenommenen ausdrücklichen oder stillschweigenden Erklärung des Ueberganges. Man kann also nie im streng juristischen Sinne sagen, daß „auf Grund", sondern nur, daß „aus Veranlassung" eines Verkaufs cedirt werde. Die Cession stützt sich nicht auf ein Erwerbselement der naturalis ratio, sondern es gilt auch von der Cession der Satz: nihil tam conveniens est **naturali aequi-**

tati, quam voluntatem creditoris volentis nomen suum 63
in alium transferre ratam haberi.

Von einer Anwendung des Rechtssatzes über die Kaufpreis-Zahlung oder -Creditirung auf die Cession kann also nicht einmal mittelbar die Rede sein. Die Frage, ob cedirt sei, ist lediglich eine Interpretationsfrage des formalen Willens. Jener am Ende des §. 44 erwähnte Fall ergiebt daher in Betreff der Eigenthumstradition und der Cession nicht etwa ein „ähnliches Resultat", sondern er ist für die Cession gerade im entgegengesetzten Sinn zu entscheiden. Wenn Jemand seine Forderung verkauft und bei diesem Verkaufsgeschäft, nach erfolgter ausdrücklicher Verweigerung der Creditirung, der Käufer in continenti aber mit reproba pecunia bezahlt, so kann doch möglicher Weise der animus trauferendi und accipiendi nominis als schon im Verkaufsgeschäft vorhanden constatirbar sein. Die Cession ist alsdann als geschehen anzusehen, und es hat der Umstand darauf gar keinen Einfluß, daß rücksichtlich des Kaufpreises hier weder eine solutio noch eine Creditirung vorliegt.

Quellenregister.

Seite

Deutschrechtliche Quellenstellen 28—36

---

12 Tafeln 65
Lex Thoria c. 21. 22. 30. 33. 165
Lex Rubria c. 21. 22 . . . 57

Inscript. lat. aus Gruter, Fabretti, Orelli, Zell 169
Instr. emt. puell. sport. . . . 159
Negot. solemn. bei Spangenb. . 149

Plautus Asin. II. 4, 30 . . . 83
Pseud. I. 3, 67 sq. . . 83
Pers. II. 2, 8 . . . 106
III 3, 11 . . . 106
III. 3, 11. 27 . . 83
V. 2, 8 . . . 83
Rud. IV. 3, 76 . . . 269
Cato de R.R. c. 144—150 . . 66
c. 146. 149. 150 83
Varro de L.L. V. 95 . . . 54
V. 163 . . 55. 141
V. 183 . . . 131
VI. 74 . 101. 102
de R.R. II. 1 . . 83. 124
II. 2. 6 . . . 103

Seite

Cicero in Verr. IV. 59. 60 (133. 134) 165
pr. Caecin. 34, 99 . . 166
pr. Rabir. Post. 17 . . 165
de orat III. 28 . . . 153
Topic. V, 28 138
de offic. III. 17, 69 . 65
Paradox. V. 1, 35 . . 138
Livius epit. 55 166
Vitruvius de Arch. I. 4 in fin. 170
Festus (u. Paul. Diac.)
Compraedes (39) . . . 102
Dispensatores (72) . . 131
Emere (76) 21
Herbam do (99) . . . 156
Iustum vadem (113) . 102
Manceps (151) . . . 101
Nundinas (173) . . . 65
Pendere poenas (208) . 131
Praes (223) 101
Vadem (377) 102
Venditiones (376) . . 101
Valer. Probus. 4 128
Notar. Laterc. (Mommsen) 57
Suetonius Caesar. 50 165
Gromatici 116. 21 (Hygin.) . 101

Seite

Nonius Marcell. 4 225 . . . 156
Servius ad Virg. Georg. I. 275 65
ad Virg. Aen. III. 607 154
Pseud. Ascon. in Cic. Div. §. 33 101
Boethius III. 5 §. 28 228
Isidorus Orig. V. 25 40 137. 148

Gaius I. 17 116
41 117
54 . . . . . . 115. 117
56 116
113 . . . . . 130. 176
117—120 176
119 . . . 1. 21. 22. 57.
130. 135. 141
121 139
122 135
132 176
134 176
135 176
II. 20 . . . . 92. 225. 228
24 21
25 175
41 . . . . . . 115. 121
43 121
60 245
65 230
66 230
87 . . . . 74. 81
91 74
96 74
103. 104 . . . . 178. 182
104 . . 22. 57. 135. 141
252 166
III. 118. 119 104
119 75

Seite

Gaius III 129 106
141 92
146 238
167 22
174 . . . . . 58. 135
IV. 16 . . . . . . 21. 38
24 39
79 . . . . . 176. 177
Maecianus §. 78 57
Paulus rec. sent. II. 4 §. 4 . . 242
II. 17 §. 1 . 127
II 17 § 3 . 129
II. 17 §. 4 . 129
II. 17 §. 15 (14) 71
II. 23 §. 4 . 168
V. 11 §. 5 . 158
Ulpianus I. 16 116
X. 1 177
XIX. 5 65
XIX. 6 139
XIX. 7 . . 224. 228. 246
XX. 2 182
Vat. Fragm. §. 1 122
§. 13 164
§. 50 . . 22 131.
182. 184
§. 310 180
Gaius ep. I. 6 §. 3 . . 177. 178

Institutionen.
§. 2 J. de iur. nat. gent. et civ. 65
§ 40 J. de rer. div. . 14. 213
228. 229. 273
§. 40. 41 J. de rer. div. . 208

Seite

Institutionen.

§. 41 J. de rer. div. 19. 46. 66. 82. 84. 88. 89. 90. 114. 213. 214. 216. 219. 228. 239

§. 42 J. de rer. div. 230

Theophil. ad §. 41 J. de rer. div. 90. 93

Digesten.

I. 1 de iust. et iure.

Fr. 5 65

II. 14 de pactis.

Fr. 7 pr. §. 1 65

- 39 22

V. 3 de her. pet.

Fr. 22 70

VI. 1 de rei vind.

Fr. 1 §. 2 177

- 72 120

VI. 2 de Publ. act.

Fr. 7 §. 16. 17 . . . 294

- 7 §. 17 296

- 8 119

- 13 §. 1 247

- 14 206

VII. 1 de usufr.

Fr. 12. §. 5 . . 74. 76. 76. 78. 79. 80 89. 214. 250

- 25. §. 1 . . 74. 75. 81. 83. 89 95. 114. 117. 148. 214. 250

- 70 §. 1 77

Seite

Digesten.

XII. 1 de reb. cred.

Fr. 2 §. 1 . . . . 218. 253

- 11 pr. 253

- 19 §. 1 253

- 30 82

XIII. 7 de pign. act.

Fr. 9 §. 3 . . . . 107. 108

- 24 pr. 236

- 24 §. 1 220

XIV. 4 de trib. act.

Fr. 5 §. 18 . . 99. 218. 219. 252. 254

XIV. 6 de SC. Maced.

Fr. 3 §. 3 . . . . . 104. 253

XVI. 1 ad SC. Vell.

Fr. 19 §. 5 253

XVI. 3 depositi.

Fr. 15 246

- 24 245

- 31 §. 1 246

XVII. 1. mandati.

Fr. 22 §. 7 . . . . . · 245

XVIII. 1 de contr. emt.

Fr. 1 pr. 50. 52

- 19 . . . . . 89. 112. 219

- 53 . . . . . 90. 91. 112

- 55 149

XVIII. 4 de her. vel act. vend.

Fr. 22 68

XVIII. 6 de per. et comm.

Fr. 16 205

XIX. 1 de act. emt.

Fr. 11 §. 1 61

- 11 §. 2 . 88. 112. 141

- 13 §. 8 68

Seite

Digesten.

XIX. 2 locati.
Fr. 3 237
- 20 §. 2. bis Fr. 22 pr. 205
- 31 218. 245. 250. 251
- 46 164

XX. 1 de pign.
Fr. 16 §. 9 236

XX. 6 quib. mod. pign.
Fr. 6 pr. §. 1 109

XXI. 1 de Aedil. ed.
Fr. 31 §. 8 68
- 43 §. 10 78. 79. 80. 103. 214. 215

XXI. 2 de evict.
Fr. 68 89

XXI. 3 de exc rei vend. et tr.
Fr. 1 §. 2 206
- 2 120

XXIII. 3 de iure dot.
Fr. 9 §. 3 . . 207. 248. 251
- 10 § 5 in fin. . . 238
- 66 167

XXVIII. 5 de hered. inst.
Fr. 68 150

XXXIX 3 de aq. et aq pl.
Fr. 12 149

XL. 2 de manum. vind.
Fr. 4 §. 2 118
- 24 118

XL. 5 de fideic. lib.
Fr. 2 107
- 4 §. 8 107

Seite

Digesten.

XL. 12 de liber. caus.
Fr. 38 §. 2 . . 116. 121

XLI. 1 de acq. rer. dom.
Fr. 9 §. 3 209. 228. 230
- 9 §. 4 230
- 9 §. 5 205
- 31 pr. 225
- 43 §. 2 . . 80. 103. 114. 214

XLI. 2 de acq. poss.
Fr. 10 §. 2 164

XLI. 3 de usurp. et usuc.
Fr. 10 pr. 296
- 15 §. 3 294
- 44 § 1 294
- 44 §. 2 294
- 48 292

XLI. 4 pro emt.
Fr. 2 pr. 293. 294
- 2 §. 13 294
- 7 §. 4 294
- 11 293

XLI. 6 pro don.
Fr. 6 . . . . . 149. 168

XLIV. 1 de except.
Fr. 14 105

XLIV. 4 de doli exc.
Fr 4 §. 32 119

XLIV. 7 de obl. et act.
Fr. 54 149
- 55 205

XLV. 3 de stip-serv.
Fr. 18 in fin. . . . 82

XLVII. 2 de furt.
Fr. 14 §. 1 72

Seite

Digesten.

XLVII. 2 de furt.

Fr. 21 pr. 154

XLIX. 14 de iure fisci

Fr. 5 §. 1 103

XLIX. 15 de captiv.

Fr. 12 §. 7. 8 . . . 122

L. 16 de verb. sign.

Fr. 71 138

L. 17 de reg. iur.

Fr. 7 61

- 16 149

- 45 pr. 246

- 77 150

- 172 pr. 22

- 195 150

Codex Hermog.

L. 2 de don. int. v. et u. (7) 168

Codex Iust.

II. 3 de pact.

L. 20 230

Seite

Codex Iust.

III. 32 de rei vind.

L. 24 224

IV. 28 ad SC. Maced

L. 3 105

IV. 38 de contr. emt

L. 3 . . . . . . 149. 168

IV. 54 de pact. int. emt. et vend.

L. 1 110

L. 3—5 110

VIII. 26 de remiss. pign.

L. 2 109

VIII. 28 de distr. pign.

L. 10 164

VIII. 41. de fideiuss.

L. 28 109

VIII. 54 de donat.

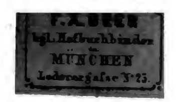
L. 37 179

Basiliken

XVIII 2. 5 252

Verbesserung.

S. 2 Z. 6 v. u.; statt „Formelcontracte" l. „Formalcontracte".


kgl. Hofbuchbinder
in
MÜNCHEN

















